جامعة النجاح الوطنية
كلية الدراسات العليا

المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز
"دراسة مقارنة"

إعداد
فضل ماهر محمد عسقلان

إشراف
الدكتور علي السرطاوي

قدمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين.

2008

المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز

دراسة مقارنة

إعداد

فضل ماهر محمد عسقلان

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ 2008/9/3م، وأجيزت.

أعضاء لجنة المناقشة	التوقيع
1. الدكتور علي السرطاوي/ مشرفاً ورئيساً	....
2. الدكتور أمجد حسان / ممتحناً خارجياً	....
3. الدكتور حسين مشاقي / ممتحناً داخلياً	....

الإهداء

إلى من هم أكرم منا جميعا إلى شهدائنا الأبرار

إلى الإرادة المتمردة على عتمة الليل الحالك

إلى أولئك الذين يسعون لإقامة العدل فوق البسيطة

الإقــرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان:

المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز

دراسة مقارنة

اقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة هي نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل، أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أية درجة علمية أو بحث علمي أو بحثي لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

Student's name: **اسم الطالب:**

Signature: **التوقيع:**

Date: **التاريخ:**

فهرس المحتويات

المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز

"دراسة مقارنة"

إعداد

فضل ماهر محمد عسقلان

إشراف

د. علي السرطاوي

الملخص

لقد درست في رسالتي هذه المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز، وذلك بعد أن تعرضت في الفصل الأول لموضوع أسباب انعدام التمييز في مجلة الأحكام العدلية والقوانين الوضعية، حيث تناولت فيه بالدراسة أسباب انعدام التمييز من صغر في السن وجنون وعته وسفه وهي حالات قد نصت عليها أحكام المجلة وأحكام القوانين المدنية الوضعية على حد سواء، بالإضافة إلى ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية من حالات أخرى إضافية إلى تلك التي وردت في القوانين المدنية الوضعية وهي الدَين ومرض الموت والإكراه والإغماء والنوم والسكر، وقد أجريت مقارنة بين نظام عوارض الأهلية وما تضمنه من أسباب وأحكام في مجلة الأحكام العدلية من ناحية وما تضمنه من أسباب وأحكام في القوانين المدنية الوضعية من ناحية أخرى، وقد توصلت إلى عدة نتائج أهمها أن مجلة الأحكام العدلية لم تعطِ معيارا واضحا للحكم فيما إذا كان الشخص مجنونا جنونا مطبقا أم لا، واقترحت أنه يجب الأخذ بالرأي الفني الطبي كمعيار لتحري الأمراض المؤثرة في العقل وأن لا يترك ذلك إلى النصوص والقواعد القانونية المجردة، كما توصلت إلى أن نظام عوارض الأهلية في القوانين المدنية الوضعية مشوب بالقصور، وأن هناك حالات ينعدم فيها التمييز أو يفسد فيها التدبير دون أن يكون نظام عوارض الأهلية بقادر على تغطيتها، ومثالها حالة السكر، وقد اقترحت نصا قانونيا يمكن بموجبه تقرير الحالات التي ينعدم فيها التمييز بصورة أكثر شمولية.

وقد خصصت الفصل الثاني لموضوع مدى مسؤولية عديم التمييز في القانون المدني المصري، وفي هذا الصدد وجدت أن القانون المدني المصري قد أخذ بفكرة الخطأ لقيام

المسؤولية التقصيرية، وأن الأصل في القانون المصري هو انتفاء مسؤولية عديم التمييز، إلا في أحوال استثنائية، وأن هذه الأحوال الاستثنائية لا تكفي لتحقيق العدالة، وبالتالي كان من الأجدى أن ينص القانون المدني المصري على المسؤولية الكاملة لعديم التمييز عن أفعاله الضارة. ومن ناحية أخرى بحثت في هذا الفصل الأساس الفقهي والنظريات المختلفة التي تقوم عليها مسؤولية عديم التمييز في القانون المدني الفرنسي لتأثر القانون المدني المصري به، وقد تتبعت التطور الحاصل بشأن أحكام هذه المسؤولية في القانون المدني الفرنسي متلمساً مدى تأثر القانون المدني المصري بالمدارس الفقهية الفرنسية ونظرياتها وكان ذلك واضحا في شروحات الفقهاء المصريين، وفي نهاية هذا الفصل وجدت أن نظرية تحمل التبعة التي قال بها معظم الفقه المصري تبقى هي الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز التي تضمنها نص المادة (2/164) من القانون المدني المصري.

أما الفصل الثالث فقد خصصته لموضوع مدى مسؤولية عديم التمييز في فقه الشريعة الإسلامية وفي القانون المدني الأردني، حيث بحثت في موقف فقه الشريعة الإسلامية من مسؤولية عديم التمييز، وذلك في ضوء القاعدتين الهامتين اللتين جاء بهما الفقه الإسلامي الحنيف وهما المباشرة والتسبب، متعرضا في ذلك لتعريفات المباشرة والتسبب ومدى مطابقة أحكامهما على عديم التمييز، وقد وجدت أن هناك اتجاهين الأول منهما يرى بقيام مسؤولية عديم التمييز في حالة التسبب والثاني يرى بأن مسؤولية عديم التمييز لا تقوم في حالة التسبب، وخلصت بعد البحث إلى أنه يجب الأخذ بالاتجاه القائل بضرورة تقرير مسؤولية عديم التمييز عما يأتيه من أفعال ضارة بالغير، يستوي في ذلك كونه مباشرا أو متسببا. كما تعرضت في هذا الفصل لموقف القانون المدني الأردني من مسؤولية عديم التمييز، وذلك بدراسة النصوص القانونية التي تحكم هذه المسؤولية وما تضمنته هذه النصوص من أحكام، مقارنا هذه النصوص بمثيلاتها في القوانين المدنية العربية، ومن ثم وجهت بعض النقد من ناحية الصياغة لبعض النصوص القانونية التي تحكم مسؤولية عديم التمييز في هذا القانون. وفي نهاية هذا الفصل تعرضت للأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز في القانون المدني الأردني وذلك بدراسة نظرية الضمان في الفقه الإسلامي وأساسها من حيث أن الضرر هو أساس وجوب الضمان، متعرضا في الآونة

ذاتها لأدلة وجوب الضمان في الشريعة الإسلامية ولمسؤولية عديم التمييز في ضوء المبادئ العامة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

وفي نهاية المطاف وضعت خاتمة سجلت فيها استنتاجاتي وآرائي المختلفة بشأن مسؤولية عديم التمييز في القانونين المدنيين المدروسين، بالإضافة إلى ما وضعته من نص مقترح بشأن تقرير الحالات التي ينعدم فيها التمييز في القوانين الوضعية.

المقدمة

يكتسب البحث في مسائل القانون المدني أهمية خاصة تنبع من ملامسة قواعده ونصوصه لمعاملات الأفراد وأنشطتهم المتنوعة وما قد ينتج عنها من حقوق والتزامات تأخذ صورا وأشكالا قانونية متعددة تحتاج في جلها إلى الكثير من الدراسة والتمحيص للوصول إلى رأي قانوني سديد وحلول عادلة مرضية بشأنها خاصة إذا ما تباينت الاجتهادات والآراء في المسألة القانونية الواحدة.

أهمية الدراسة

ويستمد هذا البحث أهميته من الأهمية البالغة لمشكلات المسؤولية المدنية بصفة عامة، فالمسؤولية ملازمة للنشاط الإنساني، ومع تزايد هذا النشاط وتعقده تتزايد المسؤولية في نطاقها ومداها، ويثور في كل ذلك الجدل حول الأسس النظرية والفلسفية لكل اتساع تكتسبه. وهذه الحقيقة تبدو واضحة على وجه خاص، مع بداية العصر الصناعي والتطور الاقتصادي والاجتماعي الهائل الذي صاحبه. وتبدو مظاهر التطور مع استظهار حقائق المسؤولية المدنية كما تصورها الفقه التقليدي ثم ما استثاره التطور من تغيرات أو تجديدات أو تحديدات اقتضتها ظروف هذا التطور.

إشكالية الدراسة

من الحقائق القانونية الهامة التقليدية أن إعمال المسؤولية هو إلزام قانوني عن النشاط الشخصي، وذلك عندما يخرج هذا النشاط عن حدود النمط الذي يصوره النظام القانوني لأنشطة الأفراد. ومن هنا كانت قاعدة أن كل خطأ أو إضرار بالغير يستوجب مسؤولية فاعله بدفع التعويض القانوني المناسب، فعندما يرتكب شخص فعلا ضارا، يجوز للمضرور أن يطالبه بجبر هذا الضرر عن طريق دفع مبلغ من التعويض. والرابطة التي تنشأ نتيجة هذا الفعل الضار إنما تقوم بين شخص مرتكب الفعل الضار ومن أصابه الضرر نتيجة لهذا الفعل.

غير أن هناك حالات تثير التساؤل في إمكانية إعمال المسؤولية عن فعل ضـــار كـــان مرتكبه دون السن القانونية أو مصابا بعارض من عوارض الأهلية من جنون أو عته، فأحكـــام القانون المدني المصري وأحكام القانون المدني الأردني قد اختلفت اختلافا كبيرا فيما بينها بشأن إمكانية إقامة مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار من عدمها، بل إن اختلافهما بشـــأن إقامـــة مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار من عدمها يعد الفيصل الجوهري بين هـــذين القـــانونين، حيث تبنى كل قانون منهما مدرسة فقهية مختلفة.

يثير البحث في موضوع المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز إشكالات وتساؤلات عـــدة، منها نظام عوارض الأهلية بحد ذاته وما يندرج تحته من أحكام ومدى كفاية النصوص القانونية التي تنظمه في القوانين المدنية الوضعية على وجه الخصوص، كما أن الاختلاف الذي أشـــرت إليه بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني بشأن إمكانية إقامة مســـؤولية عـــديم التمييز عن فعله الضار، يستتبع بحث ودراسة النصوص القانونية والنظريات المختلفة في كـــلا القانونين، ومن ثم المقارنة والمفاضلة بينها لمعرفة أكثرها عدالة واستجابة للنزعة الحديثة بشأن تحقيق مصلحة المضرورين وحمايتها، ومعرفة فيما إذا كانت هذه النصوص والنظريات كافية أم أنها بحاجة إلى تطوير أو إعادة نظر. وهذا كله لن يكون بمعزل عن دراسة الأصول التاريخيـــة والأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز في القانون المدني الفرنسي كون القانون المصري قـــد تأثر به وبمدارسه الفقهية، وأيضا دراسة الأساس القانوني والفقهي لمسؤولية عديم التمييـــز فـــي الفقه الإسلامي لتأثر القانون المدني الأردني به وعلى الأخص الفقه الحنفي.

نطاق الدراسة

سأعمل على الإجابة على هذه التساؤلات في ظل موقف القـــانون المـــدني المصـــري والقانون المدني الأردني، مع التعرض لأحكام محكمة النقض المصرية ومحكم التمييز الأردنيـــة وما أرسته هاتين المحكمتين من مبادئ بشأن المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز وما يتصل بها، مع الاستفادة من أحكام المحاكم الفرنسية خاصة تلك الأحكام التي أحدثت تحولا في تاريخ هـــذه المسؤولية وتطورها.

منهجية الدراسة

اتبعت في هذه الدراسة المنهج النظري التحليلي المقارن، عبر دراسة وتحليل النصوص القانونية في ضوء آراء الفقه والمذكرات الإيضاحية، وعبر الرجوع إلى أحكام القضاء وإجـراء المقارنة بين أحكام كل من القانونين المدنيين المصـري والأردنـي، والاسـتفادة مـن أحكـام التشريعات العربية منها على وجه الخصوص بالقدر اللازم لتحقيق أهداف البحث.

صعوبات الدراسة

إن أكثر الصعوبات التي واجهتني في إعداد هذه الرسالة هي قلة المراجع المتخصصـة في المكتبات، وعلى وجه الخصوص شروح القانون المدني الأردني. كما أنني لاحظت وجـود نقص حاد في قرارات المحاكم التي تتطرق لموضوع المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز بشـكل مباشر دون أن تتصل بغيره من مواضيع المسؤولية.

الدراسات السابقة

رغم أن معظم البحوث القانونية باتت تتجه نحو دراسة المواضيع المستحدثة في القانون مبتعدة عن البحوث القانونية الفقهية، إلا أن موضوع المسؤولية المدنية وموضـوع المسـؤولية التقصيرية لعديم التمييز تحديدا لهو موضوع هام ويحتاج المشـتغلين فـي المحـاكم النظاميـة والشرعية إلى دراسة أحكامه وأسسه القانونية المختلفة. وقد وجـدت دراسـات عـدة تطرقـت لموضوع مسؤولية عديم التمييز إلا أنها لم تعالج جميع الجوانب الفقهية والأسس القانونية لهـذه المسؤولية. كما لم تناقش قرارات المحاكم واجتهاداتها بهذا الخصوص إنما ركزت على جوانب أخرى في البحث منها أحكام التعويض عن الضرر الشخصي لعديم التمييز، ولعـل أهـم هـذه الدراسات وأكثرها عمقا هي بحث الدكتور أبو زيد عبد الباقي مصطفى بعنوان مدى مسـؤولية عديم التمييز في القانون المقارن وكتاب الدكتور محمد شريف عبد الرحمن بعنـوان مسـؤولية عديم التمييز.

خطة الدراسة

كما أسلفت فإن بحثي سيقتصر على دراسة الأساس القانوني والفقهي للمسؤولية التقصيرية لعديم التمييز في كل من القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، دون التعرض لآثار هذه المسؤولية أو التعرض لأحكام التعويض عن الضرر الشخصي لعديم التمييز إلا بقدر ضئيل جدا، وذلك لتخصيص البحث وتعميقه وتحديده، وتحقيقا لأهداف هذا البحث، وفي محاولة للإجابة على تساؤلاته، فقد قسمت البحث على النحو التالي:

الفصل الأول: أدرس فيه أسباب انعدام التمييز في مجلة الأحكام العدلية والقوانين المدنية وبالأخص القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني. وذلك بعد أن أعرض لمفهوم عوارض الأهلية وأقسامها.

الفصل الثاني: أدرس فيه مدى مسؤولية عديم التمييز في القانون المدني المصري، وذلك من ناحية الأسس القانونية والفقهية التي تقوم عليها هذه المسؤولية في القانون المصري، مع التعرض للتطور الحاصل بشأن أحكام هذه المسؤولية في القانون المدني الفرنسي لمعرفة مدى تأثر القانون المدني المصري بالمدارس الفقهية الفرنسية ونظرياتها.

الفصل الثالث: أدرس فيه مدى مسؤولية عديم التمييز في فقه الشريعة الإسلامية والقانون المدني الأردني، وذلك من خلال شرح مفهومي المباشرة والتسبب والاختلاف بينهما وما يترتب على كل منهما من أحكام بخصوص مسؤولية عديم التمييز. كما ادرس فيه أيضا كل من فكرة الضمان في الفقه الإسلامي وأساسها ومسؤولية عديم التمييز في ضوء المبادئ العامة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

الخاتمة: أعرض فيها لأهم ملاحظاتي واستنتاجاتي، وما انتهيت له في شأن مسؤولية عديم التمييز على ضوء ما سأبحثه من أحكام في القوانين المقارنة.

الفصل الأول

أسباب انعدام التمييز

في مجلة الأحكام العدلية والقوانين المدنية

الفصل الأول

أسباب انعدام التمييز في مجلة الأحكام العدلية والقوانين المدنية

رتب الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية آثارا مهمة على انعدام التمييز أو ما يسميه شراح الفقه الإسلامي (عوارض الأهلية) سواء في نطاق المسؤولية العقدية أو المسؤولية عن الفعل الضار، وتتباين تلك الآثار وما ينتج عنها من أحكام تباينا واضحا مع التشريعات المدنية من حيث التوسع الذي انتهجه الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية على حد سواء في اعتبار بعض الحالات كالإكراه ومرض الموت والدين وغيرها حالات ينعدم فيها التمييز وتستوجب الحجر وتقييد التصرف.

في حين اعتدت التشريعات المدنية بعدد محدود من أسباب انعدام التمييز، بشكل يمكننا أن نقول معه أن أسباب انعدام التمييز ترجع بشكل عام في القوانين المدنية إلى الصغر في السن والمرض العقلي، وهذا ما حدا بالبعض إلى الدعوة بضرورة التفكير بمعايير أخرى أكثر توسعا تحدد عوارض الأهلية في التشريعات المدنية بموجبها[1].

نصت المادة (1448) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م على أنه: "يلغى العمل بما يتعارض مع أحكام هذا القانون من مجلة الأحكام العدلية". مما يدل على أن مجلة الأحكام لازالت تحوي كثيراً من النصوص القانونية السارية المفعول. والملاحظ أن نصوص قانون المعاملات المدنية الإماراتي القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985م قد تأثرت تأثرا واضحا بنصوص وقواعد مجلة الأحكام العدلية وبشكل خاص المواد من (29) إلى (70) والتي تشكل بمجموعها الفصل الثاني المسمى (قواعد الأصول الفقهية التفسيرية)، كما أن مجلة الأحكام العدلية تعتبر بمثابة القانون المدني الساري المفعول والمطبق في الضفة الغربية وقطاع غزة حتى تاريخ كتابة هذا البحث.

---

[1] محاسنة، محمد: **مدى كفاية النظام القانوني لعوارض الأهلية**، بحث مقارن مع الفقه الإسلامي، منشور على موقع الدليل الالكتروني للقانون العربي www.arablawinfo.org، ص1، نظر هذا الموقع بتاريخ 2006/9/27 الواقع يوم الأربعاء الساعة 8:00 مساء.

وحيث أنّ مجلة الأحكام العدلية - وإن كانت قانوناً وضعياً هي الأخرى - إلا أنها قـد أخذت بالفقه الإسلامي مصدرا لها وبالأخص الفقه الحنفـي، وعلـى ضـوء أن للتمييـز دوراً ومفهوماً في مجلة الأحكام العدلية يختلف عنه في القوانين المدنية الوضعية الأخرى، ارتأيت أن اقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: أسباب انعدام التمييز في مجلة الأحكام العدلية.

المبحث الثاني: أسباب انعدام التمييز في القوانين المدنية.

المبحث الأول

أسباب انعدام التمييز في مجلة الأحكام العدلية

وإن كنت استخدم مصطلح (أسباب انعدام التمييز) في بحثي هذا، إلا أن شـــراح الفقـــه الإسلامي يستخدمون مصطلح (عوارض الأهلية)، وأرى أن مصطلح (عـــوارض الأهليـــة) ذو مفهوم واسع وشامل وأن استخدام مصطلح (أسباب انعدام التمييز) أكثر تخصيصاً وتقييدا للمعنى كما أنه يقتصر على حالات بعينها دون حالات أخرى مما يخدم أغراض البحث بصورة أفضل.

ومما تجدر الإشارة إليه أنني لم أجد بين الباحثين المتخصصين ممن بحث في مســـؤولية عديم التمييز من يفرق بين المصطلحين المذكورين إلا الدكتور أبو زيد عبد الباقي مصطفى في بحثه حول مدى مسؤولية عديم التمييز التقصيرية في فقه الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، وذلك في قوله: "فضلنا استخدام مصطلح عديم التمييز على مصطلح عديم الأهليـــة لأنـــه أكثـــر تحديدا، لأن مصطلح عديم الأهلية يتسع ليشمل إلى جانب صغر السن والمرض العقلي، وما في حكمه، حالات أخرى كالزوجة التي تخضع لنظام الدوطة في القـــانون الفرنســـي، والأشـــخاص الممنوعين من التصرف في أموالهم بمفردهم كالسفيه"[1].

وقبل تعريف مصطلح عوارض الأهلية، وجب العرض لتعريف الأهلية وتقسيماتها لدى شراح الفقه الإسلامي.

فالأهلية لغةً هي الصلاحية للأمر[2]. واصـــطلاحاً هـــي صـــلاحية الشـــخص للإلـــزام والالتزام، بمعنى أن يكون الشخص صالحا لأن تلزمه حقوق الغير، وتثبت له حقوق قِبل غيره، وصالحاً لأن يلتزم بهذه الحقوق[3]. وتعرف أيضا بأنها صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلا صالحاً لخطاب تشريعي[4].

---

[1] عبد الباقي مصطفى، أبو زيد: **(مدى مسؤولية عديم التمييز في القانون المقارن)**، بحث مقارن في القانون الفرنسي والقانون الكويتي، القسم الأول، منشور في مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت، العدد 3، السنة السادسة، الكويت، 1982، هامش ص11.

[2] **المعجم الوسيط:** (مادة أَهَلَ).

[3] أبو زهرة، محمد: **أصول الفقه**، القاهرة، دار الفكر العربي، 1958، ص329.

[4] الزرقا، مصطفى أحمد: **الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد**، ج1، ط6، دمشق، مطبعة جامعة دمشق، 1959، ص733.

ومن التعريف السابق يمكنني أن أستنتج أن الأهلية ذات قسمين أو شعبتين:

أولهما: أهلية الإنسان لأن تثبت له حقوق، وتثبت عليه حقوق.

ثانيهما: أهلية الإنسان لان ينشئ التزامات على نفسه، وتصرفات تجعل له حقوقا قِبل غيره.

يسمى القسم الأول بأهلية الوجوب، وهذه الأهلية تثبت للإنسان بمقتضى إنسانيته فالأصل في ثبوتها كونه إنساناً فهي تثبت بثبوت الذمة، والذمة في اللغة العهد وفي الاصطلاح عبارة عن وصف يصير به الإنسان أهلا لما له ولما عليه، وبهذا يتصور الأصوليون والفقهاء الذمة بمنزلة ظرف أو وعاء يشتمل على مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من واجبات. وهي تثبت للإنسان طبقاً لهذا التصور مدى حياته ولا تنفك عنه مدة وجوده[1]. أما القسم الثاني فيسمى بأهلية الأداء والأصل في ثبوتها ليس بمجرد الإنسانية فالأصل في ثبوتها التمييز[2].

يعرف الدكتور مصطفى الزرقا أهلية الأداء بأنها صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل، ويرى بأنها أساس لممارسة الأعمال والتصرفات الشرعية، وهذه الأعمال تعتمد قصد الفاعل وإرادته، فلا بد في ممارستها من عنصر التمييز والتعقل. فتبدأ أهلية الأداء في الإنسان متى أصبح مميزاً، ولكنها تكون فيه قاصرة ثم تتم بتمام قدرته جسماً وعقلاً، وذلك ببلوغه ورشده، فيحمل عندئذ جميع التكاليف الشرعية ويمارس جميع الحقوق[3].

---

[1] سراج، محمد: **أصول الفقه الإسلامي**، الإسكندرية، منشأة المعارف ودار الجامعة الجديدة للنشر، 1998، ص78. وبنفس المعنى مومن، محمد: **(أهلية الوجوب لدى الجنين في الفقه المغربي)**، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي منشورة على موقع الدليل الالكتروني للقانون العربي www.arablawinfo.org، ص2، نظر هذا الموقع بتاريخ 2006/9/26 الواقع يوم الثلاثاء الساعة 10:00 مساء.

[2] أبو زهرة، محمد: المرجع السابق، ص329 وبنفس المعنى الزرقا، مصطفى: المرجع السابق، ص735 وما بعدها. وبنفس المعنى محاسنة، محمد: **(مدى كفاية النظام القانوني لعوارض الأهلية)**، بحث مقارن مع الفقه الإسلامي، منشور على موقع الدليل الالكتروني للقانون العربي www.arablawinfo.org، ص2، نظر هذا الموقع بتاريخ 2006/9/27 الواقع يوم الأربعاء الساعة 8:00 مساء.

[3] الزرقا، مصطفى: المرجع السابق، ص739 وما بعدها.

وأهلية الأداء على العكس من أهلية الوجوب، فأهلية الوجوب ملازمة للصفة الإنسانية في الوجود، بل أنها تثبت للجنين في بطن أمه وإن كانت فيه ناقصة، وذلك لأنها ليست أساسا لممارسة الأفعال وتحمل مسؤولياتها ونتائجها.

وما يهمني في هذا البحث هو دراسة أهلية الأداء ومراحلها وما يعتريها من أسباب ينعدم فيها التمييز وذلك ما سأتناوله بالدراسة فيما سيأتي.

بعد كل هذا يمكنني تعريف مصطلح عوارض الأهلية وأقصد هنا أهلية الأداء بأنها ما قد يعرض للشخص من بعد كمال أهليته فينقصها أو يفقدها، فعوارض الأهلية أحوال تعتري الشخص فتنقصه عقله أو تفقده عقله بأكمله وعوارض الأهلية قسمان، أولهما: عوارض سماوية أي ليست بعمل من أعمال الإنسان، وهي الجنون والعته، والنسيان والنوم والإغماء، والقسم الثاني: عوارض بفعل الإنسان أو يكسبها الإنسان، وهي أيضا قسمان:

(أحدهما) من ذات المكلف، وهي السفه والجهل والسكر والخطأ.

(والثاني) من غيره، وهي الإكراه[1].

من هذا التعريف يمكنني استخلاص أن هنالك حالات تنقص التمييز أو تضعفه في حين أن هنالك حالات أخرى تعدمه تماماً، وتفصيل هذه الحالات وحكمها سيرد عند شرحي لأسباب انعدام التمييز.

أما مجلة الأحكام العدلية محل دراستنا في هذا المبحث فجاءت بمصطلح (أسباب الحجر) للدلالة على أسباب انعدام التمييز وذلك في المادة (941) التي تنص على أن: "الحجر هو منع شخص من تصرفه القولي ويقال لذلك الشخص بعد الحجر محجور".

---

[1] مدكور، محمد سلام: **أصول الفقه الإسلامي**، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، 1976، ص84. وبنفس المعنى أبو زهرة، محمد: المرجع السابق، ص339. وبنفس المعنى فيض الله، محمد فوزي: **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام** ط1، الكويت، مكتبة دار التراث، 1983، ص202.

من هنا دأب شراح المجلة على استخدام مصطلح أسباب الحجر، ومعنى الحجر شـــرعاً منع شخص مخصوص أي منع أحد من الأشخاص المذكورين في المـــواد (957، 958، 959) وهم الصغير، والمجنون، والمعتوه، والسفيه، والمدين من تصرفهم القولي كالبيع مثلا، والإيجار والكفالة، والحوالة، والإيداع، والاستيداع، والرهن، والهبة، والإقرار، وما إليهما أو مـــن نفـــاذ التصرف المذكور ويقال لذلك الشخص بعد الحجر عليه محجور[1].

تعريف الحجر على الصورة السابقة محل نظر لأنه ليس المقصود من التعريف منع ذات التصرف لكونه كالفعل لا يمكن رده بعد وقوعه بل المقصود منع حكمه وهو النفاذ واللزوم، أي أنه إذا تصرف فلا حكم لتصرفه[2].

أوافق شراح المجلة فيما ذهبوا إليه ذلك أنه من الناحية العملية لن يكون بالمقدور إسكات المحجور عن أي تصرف بالقول وأنه قد يتصرف بالقول أحيانا كثيرة، وعليه فالمقصـــود هنـــا بالطبع هو منع ثبوت حكم التصرف أو منع نفاذه، وليس منعه من القول بحد ذاته ذلك أن هـــذا غير عملي وغير متصور.

مما سبق يتضح أن أسباب انعدام التمييز في مجلة الأحكام العدلية هي الصغر، والجنون، والعته، والسفه، والدين الإكراه، ومرض الموت. ويضيف شراح الفقه الإسلامي إلى تلك الأسباب الإغماء، والنوم، والسكر[3].

ولدراسة الأسباب السابقة وما ينضوي تحتها من أحكام ارتأيت أن اقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الصغر في السن.

---

[1] حيدر، علي: **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، الكتاب الرابع، تعريب المحامي فهمي الحسيني، بيروت، مكتبة النهضة، دون سنة طبع، ص579. وبنفس المعني باز، سليم رستم: **شرح المجلة**، ط3، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1305هـ، ص534.

[2] حيدر، علي: المرجع السابق، ص 579.

[3] فيض الله، محمد فوزي: المرجع السابق، ص202. وبنفس المعنى أبو زهرة، محمد: المرجع السابق، ص344. وبنفس المعنى الزحيلي، وهبة: **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج4، ط3، دمشق، دار الفكر، 1989، ص127 وما بعدها.

المطلب الثاني: الأمراض المؤثرة في العقل.

المطلب الثالث: أسباب أخرى ينعدم فيها التمييز.

المطلب الأول: الصغر في السن

يرى الدكتور مصطفى الزرقا أن الصغر هو "طور طبيعي من حياة كل إنسان، فهو من الأحوال الأصلية في موضوع الأهلية وليس من العوارض"[1].

اتفق مع رأي الدكتور الزرقا ذلك أن صغر السن ليس بصفة أو عارض مكتسب، بقدر ما هو مرحلة يمر بها كل إنسان، إلا أن مجلة الأحكام العدلية قد اعتبرت الصغر في السن سببا رئيسيا من أسباب انعدام التمييز، لذا وجب التعرض له ولأحكامه.

يعرف الصِّغر في اللغة على أنه "ضد الكبر وقد صَغُر الشيء فهو صغير وصُغار"[2] أما في الاصطلاح فيعرف على أنه "الطور الطبيعي السابق من حياة كل إنسان، فهو حالة طبيعية تتقدم حياة كل إنسان فيصير بهذا الوصف من الأحوال الأصلية للإنسان"[3].

الأصل أن يخلق الإنسان وافر العقل تام القدرة كامل القوى والصغر حالة منافية لهذه الأمور وهو ما بين الولادة والبلوغ، فالصغير قبل البلوغ يكون له عقل غير وفير وقدرة غير كاملة وعدم اكتمال في ملكاته العقلية، وهذه الأوصاف تكون لمن أطلق عليه الصغير المميز في الفقه الإسلامي[4].

يقسم أغلب الفقهاء عمر الإنسان إلى أطوار أو مراحل والمقصود هنا بالطبع هو أهلية الأداء، واستنادا إلى نصوص مجلة الأحكام العدلية يمكننا أن نستخلص أنها قد قسمت مراحل

---

[1] الزرقا، مصطفى: المرجع السابق، هامش ص803.

[2] **معجم الصحاح**: (مادة صَغُرَ).

[3] الزرقا، مصطفى: المرجع السابق، هامش ص803.

[4] النجادا، ممدوح يوسف سلمان: **ضمان فعل عديم التمييز في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، أيار 1999، ص8.

أهلية الأداء إلى ثلاثة مراحل ألا وهي: مرحلة انعدام التمييز، ومرحلة التمييز، ومرحلتي البلوغ والرشد.

الفرع الأول: مرحلة انعدام التمييز

تبدأ هذه المرحلة بولادة الصبي وتنتهي ببلوغه السابعة اتفاقا، وفي هذه المرحلة يعتبر الإدراك منعدما في الصبي ويسمى الصبي غير المميز، والواقع أن التمييز ليست له سن معينة يظهر فيها أو يتكامل بتمامها، فالتمييز قد يظهر في الصبي قبل بلوغ السابعة وقد يتأخر عنها تبعا لاختلاف الأشخاص واختلاف بيئاتهم واستعدادهم الصحي والعقلي، ولكن الفقهاء حددوا مراحل التمييز أي الإدراك بالسنوات حتى يكون الحكم واحداً للجميع ناظرين في ذلك إلى الحالة الغالبة في الصغار، وقد كان هذا التحديد ضروريا لمنع اضطراب الأحكام، ولأن جعل التمييز مشروطا بسن معينة يمكن للقاضي أن يعرف بسهولة إذا كان الشرط قد تحقق أم لا، لأن هذا الشرط وصف محسوس يسهل ضبطه والتعرف عليه[1].

أوافق أستاذنا عبد القادر عودة فيما ذهب إليه من ضرورة جعل التمييز مشروطا بسن معينة، فهذا يسهل عمل القاضي ويمكنه من إعطاء الحكم الصحيح في كل واقعة أو نزاع يعرض أمامه هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن السن إمارة ووصف حسي يمكن تحريه أو الكشف عنه بسهولة.

إن اختيار الفقهاء لسن السبع سنوات كنهاية لمرحلة انعدام التمييز له حججه وأسبابه التي سأعرضها فيما بعد.

كان هذا موقف الفقه الإسلامي عموما إلا أن مجلة الأحكام العدلية لم تحدد سنا للتمييز وإنما عرفت المجلة الصغير غير المميز في المادة (943) حيث نصت على أن: "الصغير غير المميز هو الذي لا يفهم البيع والشراء يعني من لا يعرف أن البيع سالب للملكية والشراء جالب

---

[1] عودة، عبد القادر: **التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي**، ج1، القاهرة، مكتبة دار التراث، بدون سنة، ص601.

لها ولا يفرق بين الغبن الفاحش الظاهر كالتغرير في العشرة خمسة وبين الغبن اليسير ويقال للذي يميز ذلك: صبي مميز".

وأعتقد أنه كان من الأفضل أن يحدد التمييز في مجلة الأحكام بسن معينة لنفس الأسباب التي ذكرتها آنفا.

إن تصرفات الصغير غير المميز باطلة في جميع مذاهب الفقه الإسلامي، وهذا هو موقف المجلة أيضا عندما نصت في المادة (966) على أنه: "لا تصح تصرفات الصغير غير المميز القولية وإن أذن له وليه".

الفرع الثاني: مرحلة التمييز

ذكر شراح الفقه الإسلامي أن الصغير قبل البلوغ يمر بطورين هما المميز وغير المميز وباعتبار أن الفقه الإسلامي بشكل عام هو مصدر لمجلة الأحكام العدلية، وجب أن نتعرف على أمرين أساسين قبل تعرضنا لموقف المجلة ألا وهما تعريف الفقهاء المسلمين للمميز ومعيار التمييز لديهم.

أولا: تعريف التمييز في الفقه الإسلامي

التمييز لغة من ماز الشيء ميزا أي عزله وفرزه، وميّز بمعنى ماز[1].

التمييز في الاصطلاح الشرعي هو "معرفة معاني الألفاظ التي تنشأ بها العقود بالعلم بآثار تلك العقود والغبن فيها من فاحش ويسير"[2].

يعرفه فقهاء آخرون بأن "يصير للإنسان وعي وإدراك يفهم به خطاب الشارع إجمالا فيدرك معاني الألفاظ الدينية والمعاملات المدنية ويفهم نتائج هذه المعاملات في تبادل الحقوق

---

[1] **معجم الصحاح**: مادة (مَيَزَ).

[2] مدكور، محمد سلام: المرجع السابق، ص80.

والالتزامات ولو بصورة مجملة فيعرف الفرق بين البيع والشراء وأن أحدهما سالب والآخر جالب"[1].

ذكر أئمة المذاهب الأربعة المشهورة في الفقه الإسلامي تعريفات متعددة للمميز فبالنسبة للحنفية نجدهم يقولون أن المميز هو الذي يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به تحصيل الربح والزيادة[2]، وذكروا من أوصافه أنه الذي يناظر في الدين ويقيم الحجة الظاهرة بحيث إذا ناظر الموحدين أفهم وإذا ناظر الملحدين أفحم[3] وأما بالنسبة للمالكية والشافعية فهو الذي يفهم الخطاب ويرد الجواب ولا ينضبط بسن بل يختلف باختلاف الإفهام ونحوه ويشابه ذلك تعريف الحنابلة بقولهم أن المميز هو الذي يفهم الخطاب ويرد الجواب[4].

يظهر جليا من خلال استعراض مفهوم التمييز لدى فقهاء الشريعة الإسلامية أنهم يتطلبون التمييز في المسؤولية العقدية، ومن ثم نجدهم يعرفون التمييز في باب العقود على أساس أن التصرفات الفعلية لا ينظر فيها إلى المميز من عدمه باعتبار أن كل إضرار يلزم فاعله بالضمان مميزا كان أم غير مميز المادة (916) من المجلة، ومن ثم نجدهم يعرفون التمييز بإدراك معاني الألفاظ ونتائجها وهذا ما ذهبت إليه أيضا مجلة الأحكام العدلية في المادة (943) السابق ذكرها.

الصغير في دور التمييز يكون قد أصاب نوعا من التمييز غير المكتمل لعدم نماء ونضوج عقله إلى درجة الاكتمال، إلا أن جمهور الفقهاء الحقوا هذه المرحلة بسابقتها أي مرحلة انعدام التمييز، ولم يثبتوا للشخص في هذه المرحلة أهلية أداء مطلقا، أما الحنفية فيثبتون للشخص في هذه المرحلة أهلية أداء ناقصة، ويترتب على أهلية الأداء الناقصة، صحة العبادات التي

---

[1] أبو زهرة، محمد: المرجع السابق، ص333. وبنفس المعنى الزرقا، مصطفى: المرجع السابق، ص739. وبنفس المعنى حيدر، علي: المرجع السابق، ص584.

[2] حيدر، علي: المرجع السابق، ص584.

[3] النجادا، ممدوح يوسف سلمان: المرجع السابق، ص12.

[4] سراج، محمد: المرجع السابق، ص81.

يؤديها الصبي لكنها لا تجب عليه، وصحة تصرفاته النافعة نفعا محضـــا، وصـــحة تصـــرفاته الدائرة بين النفع والضرر مع توقفها على رأي الولي وإذنه[1].

هذا هو موقف مجلة الأحكام العدلية الذي عبرت عنـــه المـــادة (967) بقولهـــا "يعتبـــر تصرف الصغير المميز إذا كان في حقه نفعا محضا وان لم يأذن به الولي ولـــم يجـــزه كقبـــول الهدية والهبة ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وإن أذنه بذلك وليه وأجازه كان يهب لآخر شيئا أما العقود الدائرة بين النفع والضرر في الأصل فتنعقد موقوفة على إجازة وليه، ووليه مخيّر في إعطاء الإجازة وعدمها فإن رآها مفيدة في حق الصغير أجازها وإلا فلا. مـــثلا إذا باع الصغير مالا بلا إذن وإن كان قد باعه بأزيد من ثمنه يكون نفاذ ذلك البيع موقوفا علـــى إجازة وليه لأن عقد البيع من العقود المترددة بين النفع والضرر في الأصل".

ثانيا: معيار التمييز في الفقه الإسلامي

مسألة التمييز قد تختلف من شخص إلى آخر بحسب عدة عوامل منها مـــا هـــو نفســـي كالفطرة والذكاء ومنها ما هو بيئي واجتماعي مثل التربية والتعليم والثقافـــة. وقـــد أخـــذ الفقـــه الإسلامي بمعيار شخصي عند الحكم على الصغير بأنه مميز أو غير مميز وذلك بـــالنظر لكـــل حالة على حده، حيث أن الفقه الإسلامي قد ذكر دلائل وعلامات إذا أدركها الصغير بلغ التمييـــز وهي القدرة على التمييز بين البيع والشراء وفهم الخطاب والتمييز بين النافع والضـــار والخيـــر والشر. وهذا هو المعيار الذي أخذت به مجلة الأحكام العدلية أيضا ذلك أنها لم تحدد سنا للتمييز شأنها شأن غالب الفقه الإسلامي، وإنما اكتفت بتعريف المميز وغير المميز فـــي نـــص المـــادة (943). إلا أن هناك رأيا آخرا ذكر أن سن التمييز هي سبع سنوات وهو مذهب جمهور الحنابلة وبعض من الحنفية[2]، وتلخيص الأسباب التي دفعت هذا الجانب من الفقه الإسلامي للقول بـــذلك تتمثل بما يلي:

---

[1] سراج، محمد: المرجع السابق، ص82. وبنفس المعنى باز، رستم: المرجع السابق، ص542. وبنفس المعنـــى حيـــدر، علي: المرجع السابق، ص607.

[2] جرادات، أحمد علي: **سن البلوغ والرشد وأهمية التقاضي والالتزام المالي**، دراسة شرعية منشورة على موقع مؤتمر القضاء الشرعي الأول http://www.csjd.gov.jo، ص6، نظر هذا الموقع بتاريخ 2007/9/3م الواقـــع يـــوم الاثنـــين الساعة 9:00 مساء.

1. حديث الرسول صلى الله عليه وسلم "مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع واضربوهم عليها وهم أبناء عشر"[1].

2. إن الأمر الغالب الذي يثبت بالمشاهدة التجربة، أن الصغير متى بلغ السابعة، نمت مداركه، بحيث يمكنه أن يميز بين الخير والشر[2].

الفرع الثالث: مرحلتا البلوغ والرشد

فرقت مجلة الأحكام العدلية بين مرحلة البلوغ ومرحلة الرشد لذا سأبحث كل مرحلة منهما على حده.

أولا: مرحلة البلوغ

يقصد بالبلوغ لغة نضج الوظائف التناسلية[3]، أما في الاصطلاح فيعرف على أنه "أهم المراحل الطبيعية التي تمر بها حياة الإنسان، لأنه ينتقل فيها من طور الصغر إلى طور الكبر، ويصبح من مبدئها مكلفا يلقى على عاتقه نظير ما يحمله سائر الكبار المكلفين من التكاليف الشرعية، ومن المسؤوليات عنها"[4].

يضيف الدكتور الزرقا في تعريفه للبلوغ "ذلك أن البلوغ في الحالات العادية السليمة يصل فيه نمو الجسم وقدرته إلى الحد الكافي لتحمل التكاليف الشرعية البدنية، كما يصل فيه نمو العقل والإدراك إلى الحد الكافي من معرفة الخير والشر، والنافع والضار، وعواقب الأعمال، وإنما تتفاوت الأشخاص بعد ذلك - فيما وراء هذا النصاب الكافي من قدرتي الجسم والعقل تفاوتا طبيعيا بدرجات الذكاء والمواهب الفطرية التي لا يتساوي فيها اثنان من الناس، وهذا

---

(1) السجستاني، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمر الأزدي: **سنن أبي داوود**، كتاب الصلاة، باب مَتَى يُؤْمَرُ الْغُلاَمُ بِالصَّلاةِ، الحديث رقم 494.

(2) مصطفى، أبو زيد عبد الباقي: المرجع السابق، ص15. وبنفس المعنى أبو زهرة، محمد: المرجع السابق، ص334.

(3) **المعجم الوسيط:** (مادة بَلَغَ).

(4) الزرقا، مصطفى: المرجع السابق، ص770.

التفاوت في الزيادة عن الحد الكافي لا عبرة له ولا يمنع تساوي الجميع في القدرة علـى فهـم التكاليف وحمل المسؤوليات بعد توافر النصاب اللازم من مؤهلاتها لديهم"[1].

يضع الدكتور الزرقا هنا تعريفه لمرحلة البلوغ وما تكون عليه قدرات الشخص خلالهـا وتبعات هذه المرحلة أيضا، بأسلوب منطقي علمي، وأوافق الدكتور هنا فيما انتهجه ذلك أن كـل إنسان يصل إلى مرحلة البلوغ يكون قد اكتسب الحد الأدنى من العقل والإدراك مما يجعله أهـلا للممارسات بعينها، أما درجة الذكاء والمواهب والقدرات العقلية والجسمية الأخرى التي تتفاوت من شخص إلى آخر فإنها لن تؤثر بالمطلق على درجة تحمل كل شخص للمسؤوليات واكتسابه للحقوق، كما أنها لن تعطي تميزا لأي شخص عن الآخر في فهم التكاليف وتحمل المسـؤوليات طالما أن الكل قد امتلك الحد الأدنى من الفهم والإدراك بوصوله إلى مرحلـة البلـوغ، وهـذا الوصف يصدق بالطبع متى كانت الحالات عادية وسليمة.

يفرق الفقه الإسلامي بين البلوغ والرشد، حيث يرى الفقه الإسلامي أنه بـالبلوغ تثبـت ولاية النفس فقط دون ولاية المال، بمعنى أنه وفي دور البلوغ توجه إلى الإنسان كل التكليفـات الدينية من صلاة وصوم وحج، كما أنه يؤاخذ على كل أفعاله، فإذا قتل أقتص منه وإذا زنى أقيم عليه حد الزنا، أما بالنسبة للعقود والتصرفات وإدارة أمواله فإنه لا يسلم إليه ماله إذا بلـغ ولـم يكن رشيدا باتفاق الفقهاء[2]، وذلك لقوله تعالى ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح، فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم﴾[3].

---

[1] الزرقا، مصطفى: المرجع السابق، ص770.

[2] أبو زهرة، محمد: المرجع السابق، ص335. وبنفس المعنى الزرقا، مصطفى: المرجـع السـابق، ص 780. وبـنفس المعنى الزعبي، محمد يوسف: **بحث بعنوان (أسباب فساد العقد بين الفقه الحنفي والقانون المدني الأردني)**، منشور على موقع الدليل الالكتروني للقانون العربي www.arablawinfo.org، ص10، نظر هذا الموقع بتاريخ 2007/2/8 الواقـع يوم الخميس الساعة 1:00 ظهرا. وبنفس المعنى عبد البر، محمد: **العقد الموقوف**، عمان، سلسلة الكتب القانونيـة، نشـر بإشراف المحاميين الأستاذين محمد محمود المناجرة وجمال عبد الغني مدغمش، 1998، ص44. وبنفس المعنى الجنـدي، محمد صبري: **بحث بعنوان (فكرة العقد الفاسد هل يجب الإبقاء عليها في القانون المدني الأردني وقـانون المعـاملات المدنية لدولة الإمارات العربية)**، منشور في مجلة الشريعة والقانون الصادرة عن كلية الشريعة والقـانون فـي جامعـة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثامن والعشرون، أكتوبر 2006، ص122.

[3] سورة النساء: الآية 6.

اختلف الفقهاء في مدى ذلك المنع، وفي وقت انتهائه، فذهب أبو حنيفة إلى انتهاء الولاية المالية على الشخص وإطلاق التصرف له بمجرد بلوغه، ولو كان سفيها متلافا. لكن أمواله إذا بلغ سفيها يؤخر تسليمها إليه على سبيل الاحتياط والتأديب حتى يرشد أو يتم الخامسة والعشرين من عمره فإذا أتمها يسلم إليه ماله ولو ظل سفيها. ولا يجوز في نظره الحجز على الكبير إلا بسبب العته والجنون، لان في سلب أهلية الإنسان الحر العاقل ضررا معنويا بكرامته يفوق ضرره المالي الذي يراد اتقاؤه بالحجر عليه، ولكن جمهور الفقهاء وصاحبي أبي حنيفة قد ذهبوا إلى خلاف ذلك فقرروا وجوب استمرار الولاية المالية على الشخص إذا بلغ غير رشيد حتى يؤنس منه الرشد دون تحديد سن معينة للانتظار، آخذين بظاهر النص القرآني السابق، بحجة أن منع ماله عنه يستلزم حجره عن التصرف القولي فيه، وإلا لم يكن لحبس المال عنه فائدة، كما قرروا إعادة الحجر عليه بحكم قضائي إذا ظهر منه سفه وتبذير بعد الرشد، معتبرين أن ضرر السفه عام لا خاص وهذا هو الراجح في المذهب الحنفي نفسه[1].

جاءت مجلة الأحكام العدلية متفقة هذه المرة أيضا مع الراجح من المذهب الحنفي، عندما نصت في المادة (981) على أنه "لا ينبغي أن يستعجل في إعطاء الصبي ماله عند بلوغه بل يجرب بالتأني فإذا تحقق كونه رشيدا تدفع إليه أمواله حينئذ".

والمادة (982) التي نصت على أنه "إذا بلغ الصبي غير رشيد لم تدفع إليه أمواله ما لم يتحقق رشده ويمنع من التصرف كما في السابق".

قد يثور تساؤل في حالة إذا ما دفع وصي الصغير ماله إليه فضاع هذا المال فمن الذي يضمن.؟، فتجيب المادة (983) من المجلة على ذلك بقولها "يضمن وصي الصغير إذا دفع إليه ماله قبل ثبوت رشده فضاع المال في يد الصغير أو أتلفه".

يعرف البلوغ عند الصغير بعلامات حددتها المادة (985) من المجلة بقولها "يثبت حد البلوغ بالاحتلام والإحبال والحيض والحبل".

---

[1] الزرقا، مصطفى: المرجع السابق، ص 780 وما بعدها. وبنفس المعنى حيدر، علي: المرجع السابق، ص659.

وإذا لم تظهر هذه الإمارات الحسية إبان المراهقة، أعتبر البلوغ بالسن، وجمهور الفقهاء يعتبرون سن البلوغ خمسة عشر عاما، وأبو حنيفة يعتبر سن البلوغ بالنسبة للصبي ثماني عشرة سنة، وبالنسبة للصغيرة سبع عشرة سنة[1].

لكن مجلة الأحكام العدلية جاءت بحكم مخالف لأبي حنيفة في نص المادة (986) عندما نصت على أن "مبدأ سن البلوغ في الرجل اثنتا عشرة سنة تامة وفي المرأة تسع سنين تامة ومنتهاه في كليهما خمس عشرة سنة وإذا أكمل الرجل اثنتي عشرة سنة ولو لم يبلغ يقال له المراهق وإن أكملت المرأة تسعا ولم تبلغ يقال لها المراهقة إلى أن يبلغا". والمراهق بحسب المادة السابقة هو الشخص الداني من البلوغ[2].

وتضيف المادة (987) من المجلة حكما آخرا بقولها أن "من أدرك سن البلوغ ولم تظهر فيه آثار البلوغ يعد بالغا حكما".

ومعنى هذا الحكم أن من أدرك منتهى سن البلوغ، أي من أتم خمس عشرة سنة من عمره ولم تظهر عليه آثار البلوغ يعد بالغا حكما، وبالتالي إذا أكمل الغلام أو البنت الخامسة عشرة يلزم الحكم بكونهما بالغين ولو لم يظهر عليهما أثر من من آثار البلوغ لأن ظهور علامة البلوغ في هذا السن هو الغالب الشائع، وعليه فكما أن من تظهر عليه علامة البلوغ يعد بالغا بمقتضى المادة (985) كذلك يعد بالغا من أدرك سن البلوغ ولم تظهر عليه علامة البلوغ، لأن العادة الغالبة إحدى الحجج الشرعية[3].

في حين تعالج المادتان (988) و(989) موضوع إثبات البلوغ والتحقق منه، فنصت المادة (988) على أن "الصغير الذي لم يدرك مبدأ سن البلوغ إذا ادعى البلوغ لا يقبل منه" والمادة (989) على أنه "إذا أقر المراهق أو المراهقة في حضور الحاكم ببلوغه فلا يصدق إقراره إن كان ظاهر الحال مكذبا له بأن كانت جثته لا تتحمل البلوغ أما إذا كان ظاهر الحال

---

[1] أبو زهرة، محمد: المرجع السابق، ص 337. وبنفس المعنى الزحيلي، وهبة: المرجع السابق، ص125.

[2] باز، رستم: المرجع السابق، ص550.

[3] حيدر، علي: المرجع السابق، ص634.

غير مكذب له بأن كانت جثته متحملة البلوغ فيصدق وتكون عقوده وإقراراته نافذة معتبرة ولو أراد بعد ذلك بمدة أن يفسخ تصرفاته القولية بأن يقول أني لم أكن بالغا في ذلك الوقت أي حين أقررت بالبلوغ فلا يلتفت إلى قوله".

ذهبت محكمة التمييز الأردنية إلى هذا المنحى في قرار لها قضى بأنه "إذا كانت الدعوى تتعلق بمراهق فعلى المحكمة التحقيق في بلوغه وفقا للمادتين (986) و(989) من المجلة وذلك بمشاهدته وسؤاله عن البلوغ وأوصافه فإذا أقر به فإن كانت جثته تتحمل البلوغ ولم يكذبه ظاهر الحال يصدق ويكون هو الخصم وإن أنكر البلوغ أو أقر به ولكن جثته غير محتملة وكان ظاهر الحال مكذبا له لا يصدق ولا يعتبر خصما"[1].

وفي قرار آخر لها أيضا "إنّ كل من يكمل اثنتي عشرة سنة هجرية من الذكور لا يعتبر بالغا حتما بمجرد تجاوزه مبدأ سن البلوغ دون منتهاه وإنما يعتبر مراهقا كما هي صراحة المادة (986) من المجلة ويبقى كذلك إلى أن يبلغ حقيقة ولو حدث بلوغه قبل سن الخامسة عشرة من عمره كما هو واضح من نص المادتين (985) و(989) من المجلة وكذلك يعود المراهق بالغا حكما حينما يتم خمس عشرة سنة هجرية من عمره ولو لم تظهر عليه علائم كما هو صريح نص المادة (987) من المجلة، وبالتالي لا ينفذ تصرف المراهق الذي لم يبلغ حقيقة أو حكما بتنازله عن الأرض ولا تصح هبته إذ يشترط في الواهب أن يكون أهلا للتبرع بأن يكون عاقلا بالغا"[2].

ثانيا: مرحلة الرشد

يقصد بالرشد لغة الهداية، الفعل منها رَشَدَ والمصدر رُشْدٌ[3]. أما في الاصطلاح فهو أكمل مراحل الأهلية، ومعناه عند الفقهاء حسن التصرف في المال من الوجهة الدنيوية، ولو كان

---

[1] قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1996/40276 منشور على موقع الأستاذ المحامي فراس سليمان القضاة www.qanoun.com، قسم اجتهادات المحاكم، نظر هذا الموقع بتاريخ 2006/9/4 الواقع يوم الاثنين الساعة 6:00 مساء.

[2] قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1974/187 منشور على موقع الأستاذ المحامي فراس سليمان القضاة www.qanoun.com، قسم اجتهادات المحاكم، نظر هذا الموقع بتاريخ 2006/9/4 الواقع يوم الاثنين الساعة 6:00 مساء.

[3] **المعجم الوسيط:** (مادة رَشَدَ).

فاسقا من الوجهة الدينية، ويتوافر بتحقق الخبرة المالية بتدبير الأموال وحسن استثمارها. وهـو أمر مختلف باختلاف الأشخاص والبيئة والثقافة[1].

وبناء عليه إذا بلغ الشخص رشيدا كملت أهليته، وارتفعت الولاية عنه، وسـلمت إليـه أمواله، ونفذت تصرفاته وإقراراته، إن بلغ غير رشيد بقي ناقص أهلية الأداء واستمرت الولاية المالية عليه عند جمهور الفقهاء، فلا تنفذ تصرفاته، ولا تسلم إليه أمواله. أما الولاية على النفس كالتأديب والتطبيب والتعليم والتزويج فترتفع عنه بمجرد بلوغه عاقلا، أي أن اشـتراط الرشـد محصور في التصرفات المالية، وأما غير ذلك كالزواج والطلاق فإنها نافذة منه بمجرد البلـوغ عاقلا[2].

ولم تحدد مجلة الأحكام العدلية سن معينة للرشد شأنها في ذلك شأن جمهـور الفقهـاء، وإنما اكتفت بتعريف الرشيد في المادة (947) إذ تقول "الرشيد هو الذي يتقيد بحفظ ماله ويجتنب الإسراف والتبذير".

المطلب الثاني: الأمراض المؤثرة في العقل

عرفت مجلة الأحكام العدلية ثلاثة أنواع من الأمراض العقلية هي الجنون والعته والسفه وذلك في نصوص المواد (944) و(945) و(946)، ولذلك سأقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فـروع أتناول في كل فرع طبيعة كل مرض من الأمراض العقلية السابقة ومبينا مدى تـأثير المـرض على أهلية الأداء للشخص.

الفرع الأول: الجنون

يقصد بالجنون لغة زوال العقل أو فساد فيه[3]، ويعرف في الاصطلاح على أنه "اختلال في العقل ينشأ عنه اضطراب أو هيجان"[4]. كما يعرف على أنه "آفة تستر العقل وتزيد القوة"[5].

---

(1) الزحيلي، وهبة: المرجع السابق، ص125.

(2) الزحيلي، وهبة: المرجع السابق، ص126.

(3) **المعجم الوسيط**: (مادة جَنَنَ).

(4) الزرقا، مصطفى: المرجع السابق، ص792.

(5) فيض الله، محمد فوزي: المرجع السابق، ص202.

وتقول المادة (944) من المجلة أن "المجنون على قسمين احدهما المجنون المطبق وهو الذي يستوعب جنونه جميع أوقاته والثاني هو المجنون غير المطبق وهو الذي يجنّ في بعض الأوقات ويفيق في بعضها".

الملاحظ بحسب المادة السابقة أن مجلة الأحكام قد عرفت نوعين من الجنون الأول هو الجنون المطبق والثاني هو الجنون غير المطبق، وقد جاء في شرح علي حيدر للمادة السابقة أن المجنون المطبق هو من يستوعب جنونه جميع أوقاته في سنة وفي قول آخر جميع أوقاته في شهر، وفي الجنون المطبق أربعة أقوال: القول الأول أن الجنون المطبق هو الذي يمتد إلى سنة كاملة. والقول الثاني، أن الجنون المطبق لمدة شهر أي الجنون الذي يمتد شهرا كاملا وقد رجّح هذا القول، والقول الثالث، هو الجنون الذي يمتد لأكثر من سنة، والقول الرابع هو الجنون الذي يستوعب أكثر من يوم وليلة. أما المجنون غير المطبق فهو الذي يكون في بعض الأوقات مجنونا ويفيق في بعضها كالمصروع[1].

يمكنني القول بأن الآراء الفقهية الأربعة السابقة صحيحة، بمعنى أن الجنون ليس مرضا بعينه أو حالة بعينها لها ضوابطها وأوصافها، بل أن عدة أمراض وحالات يمكن أن تندرج تحت وصف الجنون، وبالتأكيد أن لكل حالة ما يجعلها مختلفة عن الحالة الأخرى، وعليه لا يمكن تقييد الجنون بزمن معين، فبعض الحالات تستمر لأيام معدودة في حين أنّ حالات أخرى تستغرق سنوات، والأجدى هنا هو أخذ كل حالة من حالات الجنون ودراستها بمعزل عن الأخرى دون إصدار حكم عام شامل على كل حالات الجنون المتعددة.

إذا دققنا في الشرح السابق نجد أن تعريف الجنون المطبق يتداخل مع تعريف الجنون غير المطبق تداخلا كبيرا بحيث يصدق تعريف كل حالة على الحالة الأخرى، فلو فرضنا أن شخصا بقي مجنونا لمدة سنة كاملة أو حتى لمدة شهر كامل ثم عاد إليه عقله لفترة وجيزة ثم عاد فأصبح مجنونا مرة أخرى لمدة سنة كاملة أو شهر كامل، بالتالي يمكن أن يكون هذا الشخص مجنونا مطبقا أو مجنونا غير مطبق.

---

[1] حيدر، علي: المرجع السابق، ص585.

وهذا ما دعا علي حيدر مثلا إلى تعريف المجنون غير المطبق بقول آخر مفاده أنه هو الشخص الذي يكون مجنونا أقل من سنة على قول أو أقل من شهر على قول آخر[1].

كل هذا بتقديري لا يحل الأمر وأن التقسيم السابق لا تلازم فيه، وأن الأجدى هو ترك مسألة التقسيم ومسألة معرفة فيما إذا كانت حالة الشخص هي إما جنون مطبق أو غير مطبق إلى الخبرة الفنية والأطباء.

أما حكمي الجنون المطبق وغير المطبق فقد اضطلعت بهما المادتين (979) و(980). حيث تقول المادة (979) بأن "المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز".

معنى هذا أن تصرفاته القولية والفعلية باطلة مطلقا ولا أثر لها حتى لو أجازها الولي أو أجازها هو بعد إفاقته، ولكنه يطالب بضمان أفعاله الجنائية على النفس أو المال[2].

أما المادة (980) فنصت على أن "تصرفات المجنون غير المطبق في حالة إفاقته كتصرف العاقل".

يضيف رستم باز شارحا لنص المادة السابقة: "هذا إذا كان يزول عنه وقت إفاقته عارض الجنون بالكلية أما الذي يجن ويفيق ناقص العقل فحكمه كصغير مميز"[3].

وعليه يفهم من نص المادتين السابقتين أن جميع تصرفات المجنون المطبق وغير المطبق باطلة، أما تصرفاتهما في حالة الإفاقة فهي صحيحة، في حين إذا ما كانت الإفاقة غير كاملة فإن حكم تصرفاتهما هو كحكم تصرفات الصغير المميز، وأرى أن هذا يقودنا مرة أخرى إلى اعتبار دور الخبرة الفنية الطبية والقضاء والخصوم هو الفيصل في تحديد فيما إذا كان الجنون مطبقا أو غير مطبق وفيما إذا كانت الإفاقة تامة أو غير تامة.

---

[1] حيدر، علي: المرجع السابق، ص585.

[2] الزحيلي، وهبة: المرجع السابق، ص128. وبنفس المعنى باز، رستم: المرجع السابق، ص548.

[3] باز، رستم: المرجع السابق، ص548.

الفرع الثاني: العته

يقصد بالعته لغة عَتِه عَتَها نقص عقله من غير مس جنون[1]، ويعرف الفقهاء المعتـوه بأنه "من كان قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التدبير سواء كان ذلك ناشئا من أصـل الخلقـة أو لمرض طرأ عليه"[2].

ويرى الأستاذ أحمد نشأت أن العلماء قد اختلفوا كثيرا في وضع التعريف الاصـطلاحي للمعتوه وأنهم أخيرا قالوا إن أحسن ما قيل فيه هو من كان قليل الفهم، مخـتلط الكـلام، فاسـد التدبير، إلا أنه لا يضرب ولا يشتم. والمعتوه بعيد عن المجنون، وإنما ينقصـه الفهـم الكـافي لإدارة أعماله وتقدير معاملاته لعجز طبيعي فيه أو لضعف طرأ عليه بسبب التقدم في السن، وقد يكون هذا النقص في الفهم ضعيفا إلى درجة يأذن له القاضي معها بالعمل، بحيث إذا أقر بكسب أو إرث صح، وليس من الضروري أن تتناول قلة الفهم سائر المسائل العامة البسيطة كمعرفـة الأيام والأبناء والأقارب والأمور المنزلية اليومية[3].

وقد اختصت المادة (945) من المجلة بتعريف المعتوه عندما نصت على أن "المعتوه هو الذي اختل شعوره بأن كان فهمه قليلا وكلامه مختلطا وتدبيره فاسدا". في حين أعطـت المـادة (978) حكمه بقولها "المعتوه في حكم الصغير المميز".

الفرع الثالث: السَّفه

يعرف السَّفه في اللغة على أنه سَفِه سَفَها وسفاهاً خف وطـاش وجهـل[4]، أمـا فـي الاصطلاح فيعرف على أنه "خفة تعتري الإنسان، فتحمله على العمل بخـلاف موجـب العقـل

---

[1] **المعجم الوسيط:** مادة (عَتِه).

[2] **الموسوعة الفقهية الكويتية،** إعداد وتأليف وزارة الأوقاف والشؤون الإسـلامية بدولـة الكويـت، الجـزء الخـامس والعشرون، ص31، وجميع أجزاء الموسوعة منشورة ومحفوظة الكترونيا على موقع وزارة الأوقاف والشؤون الإسـلامية بدولة الكويت www.islam.gov.kw، نظر هذا الموقع بتاريخ 2006/10/11 الواقع يوم الأربعاء الساعة 8:00 مساء.

[3] نشأت، أحمد: **بحث بعنوان (العته الموجب للحجر)**، منشور ومحفوظ الكترونيا علـى موقـع منتـدى المحـامين العـرب www.mohamoon.com/montada، ص2 نظر هذا الموقع بتاريخ 2006/10/13 الواقع يوم الجمعة الساعة 7:00 مساء.

[4] **المعجم الوسيط:** مادة (سَفِهَ).

والشرع مع قيام العقل حقيقة، والمراد به هنا ما يقابل الرشد وهو تبذير المال وإنفاقه في غير حكمه، لو في أمور الخير عند الحنفية كبناء المساجد والمدارس والملاجئ"[1].

عرفته المجلة في المادة (946) بقولها "السفيه هو الذي ينفق ماله في غير موضعه ويبذر في نفقاته ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف والذين لا يزالون يغفلون في أخذهم وإعطائهم ولا يعرفون طريق تجارتهم وتمتعهم بسبب بلاهتهم وخلو قلوبهم يعدون أيضا من السفهاء".

وقد يبلغ الشخص سفيها، وقد يطرأ عليه السفه بعد بلوغه راشدا، فمن بلغ سفيها اتفق الفقهاء على أن يمنع عنه ماله ويظل تحت ولاية وليه[2]. وهذا ما أكدته المادة (982) من المجلة بقولها "إذا بلغ الصبي غير الرشيد لم تدفع إليه أمواله، مالم يتحقق رشده، ويمنع من التصرف كما في السابق".

أما من بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يجيز أبو حنيفة الحجز عليه، لأنه حر في تصرفاته والحجر ينافي الحرية، وفيه إهدار لإنسانيته وكرامته. وقال جمهور الفقهاء، والصاحبان (أبو يوسف ومحمد) وبرأيهما يفتى في المذهب الحنفي: يجوز الحجز على السفيه، رعاية لمصلحته، ومحافظة على ماله، حتى لا يكون عالة على غيره. ويكون حكمه حينئذ حكم الصبي المميز في التصرفات[3]، لقوله تعالى ﴿**ولا تؤتوا السفهاء أموالكم**﴾[4] وقوله سبحانه ﴿**فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا، أو لا يستطيع أن يمل هو، فليملل وليه بالعدل**﴾[5] مما يدل على ثبوت الولاية على السفيه. وعليه نصت المادة (990) من المجلة على أن "السفيه المحجور مرهون في المعاملات كالصغير المميز".

---

[1] الزحيلي، وهبة: المرجع السابق، ص130.

[2] سراج، محمد: المرجع السابق، ص92.

[3] سراج، محمد: المرجع السابق، ص92. وبنفس المعنى الزحيلي، وهبة: المرجع السابق، ص130. وبنفس المعنى أبو زهرة، محمد: المرجع السابق، ص343.

[4] سورة النساء: الآية 5.

[5] سورة البقرة: الآية 286.

كثيرا ما يلتصق مصطلح (الغفلة) أو (ذو الغفلة) بمصطلح (السفه) وإن كانت مجلة الأحكام العدلية لم تشر إلى الغفلة، إلا أن الغفلة ملحقة بالسفه من ناحية جواز الحجر عند جمهور الفقهاء وعدمه عند أبي حنيفة. وذو الغفلة: هو من لا يهتدي إلى أسباب الربح والخسارة، كما يهتدي غيره، وإنما يخدع بسهولة بسبب البساطة وسلامة القلب، مما يؤدي إلى غبنه في المعاملات وحكم المغفل والسفيه سواء. أما الفرق بينهما فهو أن السفيه كامل الإدراك، ويرجع سوء تصرفه إلى سوء اختياره. وأما ذو الغفلة: فهو ضعيف الإدراك، ويرجع سوء تصرفه إلى ضعف عقله وإدراكه للخير والشر[1].

المطلب الثالث: أسباب أخرى ينعدم فيها التمييز

سيتم التعرض في الفروع الستة القادمة للدين ومرض الموت والإكراه والإغماء والنوم والسكر كأسباب أخرى ينعدم فيها التمييز في مجلة الأحكام العدلية وعند شراح الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: الدين

الإمام أبو حنيفة لا يجيز الحجر على المدين، وإن استغرق دينه ماله، لأنه كامل الأهلية بالعقل، فلا حجر عليه، حفاظا على حريته في التصرف وإنسانيته. وإنما يؤمر بسداد ديونه، فإن أبى يحبس ليبيع ماله بنفسه ويؤدي ما عليه من ديون. وقال الصاحبان (أبو يوسف ومحمد) والأئمة الثلاثة: (مالك والشافعي وأحمد): يحجر القاضي على المدين الذي ترتبت عليه ديون حالة الأجل، وكانت ديونه مستغرقة لما له (أي محيطة بها) وطلب الدائنون الغرماء الحجر عليه. وهذا هو المفلس، والمفلس هو من كان دينه أكثر من ماله[2].

من هذا المنطلق جاء نص المادة (998) من مجلة الأحكام والذي ينص على أنه "لو ظهر عند الحاكم مماطلة المديون في أداء دينه مع قدرته على الوفاء وطلب الغرماء بيع ماله

---

[1] الزحيلي، وهبة: المرجع السابق، ص132. وبنفس المعنى نشأت، أحمد: **بحث بعنوان (العته الموجب للحجر)**، منشور ومؤرشف الكترونيا على موقع منتدى المحامين العرب www.mohamoon.com/montada، ص3، نظر هذا الموقع بتاريخ 2006/10/13 الواقع يوم الجمعة الساعة 7:00 مساء.

[2] الزحيلي، وهبة: المرجع السابق، ص132. وبنفس المعني الزرقا، مصطفى: المرجع السابق، ص800 وما بعدها.

وتأدية دينه حجره الحاكم وإذا امتنع عن بيع ماله وتأدية الدين باعه الحاكم وأدى دينه فيبدأ بما بيعه أهون في حق المديون فيقد النقود أولا فإن لم تف فالعروض وإن لم تف العروض أيضا فالعقار"، ونص المادة (999) الذي ينص على أنه "المديون المفلس وهو من كان دينه مساويا لماليه أو أزيد منه إذا خاف غرماؤه أن يضيع ماله بالتجارة أو أن يخفيه أو يجعله باسم غيره وراجعوا الحاكم طالبين حجره عن التصرف في ماله أو عن إقراره بدين لآخر حجره الحاكم وباع أمواله وقسمها بين الغرماء ولكن يترك له من الألبسة ثوبا أو ثوبين وإن كان للمديون ثياب ثمينة كان يمكن الاكتفاء بما دونها باعها واشترى له من ثمنها ثيابا رخيصة وأعطى باقيه للغرماء وكذلك إذا كان له دار وكان يمكن الاكتفاء بما دونها باعها واشترى من ثمنها دارا مناسبة لحال المديون وأعطى باقي الثمن للغرماء".

وبالحجر على المدين تنتقص أهليته، ويصبح كالصغير المميز، ومتى وقع الحجر عليه صارت تصرفاته المالية التي تضر بدائنيه موقوفة على إجازتهم، سواء أكانت تلك التصرفات تبرعات محضة كالهبة أو الوقف، أم معاوضات مشتملة على المحاباة في الثمن، كالبيع أقل من القيمة، فإن أجازوا التصرف نفذ، وإن رفضوه بطل[1].

هذا الحكم هو ما عبرت عنه المادة (1002) بقولها أن "الحجر يؤثر في كل ما يؤدي إلى إبطال حق الغرماء كالهبة والصدقة وبيع مال بأنقص من ثمن مثله وعلى هذا لا تعتبر عقود المدين المفلس وتبرعاته وسائر تصرفاته المضرة بحقوق الغرماء في حق أمواله الموجودة وقت الحجر ولكن تعتبر في حق أمواله التي اكتسبها بعد الحجر ولو أقر لآخر بدين لا يعتبر إقراره في حق أمواله التي كانت موجودة وقت الحجر ولكنه يعتبر بعد زوال الحجر ويبقى مديونا بأدائها في ذلك الوقت وأيضا ينفذ إقراره في ما يكتسب بعد الحجر ويقضي دينه منه"

بناء على ما تقدم يتضح أن الدين بحد ذاته لا يمكن أن يعتبر سببا ينعدم فيه التمييز كلية كحالة الصغير غير المميز أو المجنون، وإنما سبب من شأنه أن ينتقص من تمييز وأهلية أداء الشخص المدين فيستوجب ذلك الحجر عليه.

---

[1] الزحيلي، وهبة: المرجع السابق، ص132 وما بعدها.

الفرع الثاني: مرض الموت

يعرف مرض الموت بحسب المادة (1595) من المجلة على أنه "مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أو لم يكن وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله قبل مضي سنة يعد حاله اعتبارا من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت".

ما يمكنني التعليق عليه في النص السابق أنه لا يمكن اعتبار معيار عدم قدرة المرأة على القيام بأعبائها المنزلية معيارا وحيدا يمكننا معه القول بأن ما أصاب هذه المرأة هو مرض الموت في ظل أن المرأة اليوم تخرج إلى العمل مثلها مثل الرجل، وأرى أن المخرج هو في استعمال معيار موحد على الأقل في القضايا المعروضة أمام القضاء بمعنى أن مرض الموت هو ما قد يعجز الشخص معه سواء كان رجلا أم امرأة عن القيام بالمهمات والواجبات اليومية.

يقول الدكتور الزرقا "مرض الموت مقدمة لنتيجتين حقوقيتين سلبية وايجابية سيكون حادث الموت سببا لهما: فهو مقدمة لزوال شخصية المريض وانسلاخ أهليته وملكيته. وهو مقدمة أيضا لثبوت الحقوق العينية في أموال المريض لمن ستنتقل إليهم هذه الأموال بعد موته من دائنين أو ورثة. ففي مرض الموت بدء ذاك الزوال وهذا الثبوت معا، صيانة للحقوق التي أثبتها الشرع في التركة لهاتين الزمرتين (الدائنين والورثة) وينشأ عن ذلك أن الديون تصبح متعلقة بمال المريض وذمته جميعا، بعد أن كانت متعلقة قبل المرض بذمته فقط، وذلك لعجزه عن السعي والاكتساب، فتضعف ذمته، فيضم إليها ماله توثيقا"[1].

وأرى أن نتيجة مهمة أفاد بها الدكتور الزرقا في أن ديون الشخص بعد أن يمرض مرض الموت تصبح متعلقة بماله وذمته بعد أن كانت متعلقة بذمته فقط.

---

[1] الزرقا، مصطفى: المرجع السابق، ص796.

من المعلوم أن الشرع قد سمح للإنسان بأن يتصرف بثلث تركته تصرفا مضافا إلى ما بعد موته بالوصية ونحوها فيما يشاء من وجوه الخير.

الشرع الحق حالة الأخير من هذه الناحية بالموت. فالتصرف فيها بالتبرع وما في حكمه ولو منجزا يعتبر كالتصرف المضاف إلى ما بعد الموت. ومن هنا يعتبر المريض بمرض الموت محجورا بالنسبة إلى الدائنين حجراً عاماً مطلقاً غير مقيد بحد محدود من ماله، ومحجورا بالنسبة إلى الورثة حجرا محدودا بالثلثين[1].

لا يرجع السبب في تقييد تصرفات المريض مرض الموت إلى تأثير المرض في أهليته لان الأهلية بنوعيها أهلية الوجوب وأهلية الأداء - لا تتأثر بالمرض، إذ أن مناط ثبوت أهلية الوجوب هو الإنسانية، ومناط ثبوت أهلية الأداء هو العقل والتمييز وهذه الأمور كلها متوفرة في المريض مريض الموت، فهو كامل الأهلية. وإنما يرجع السبب في تقييد تصرفات المريض مرض الموت إلى المحافظة على حقوق الدائنين والورثة من ميل المريض وجنوحه عن جادة الحق والصواب في تصرفاته، بسبب سوء حالته النفسية عندما يشعر باقترابه من الموت، ولهذا فإن حقوق الدائنين بعد أن كانت تتعلق بذمة المدين في حالة صحته، صارت تتعلق بماله في حال مرضه بمقدار ديونهم ولو كانت مستغرقة للتركة وذلك بسبب ضعف ذمته بالمرض، وعدم قدرتها على حمل الديون، كما أن حقوق الورثة صارت تتعلق بالقدر الزائد عن الثلث من مال المريض، بعد استخراج ما عليه من الديون، أما الثلث فلا يتقيد تصرف المريض فيه بشيء[2] لقوله صلى الله عليه وسلم "إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم، زيادة في حسناتكم"[3].

---

[1] الزرقا، مصطفى: المرجع السابق، ص797. وبنفس المعنى سراج، محمد: المرجع السابق، ص86 وما بعدها.

[2] دبور، أنور محمود: **بحث مقارن بعنوان (ماهية مرض الموت وتأثيره في التصرفات بصفة عامة)**، منشور في مجلة الشريعة والقانون الصادرة عن كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثاني، رمضان 1408هـ، مايو (أيار) 1988م، ص90. مدكور، محمد سامي: **نظرية الحق**، القاهرة، دار الفكر العربي، بدون سنة، ص120. داوود، أحمد محمد: **الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون**، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2007 ص71.

[3] الشوكاني، محمد بن علي بن محمد: **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار**، ج6، باب ما جاء في كراهة مجاوزة الثلث والايصاء للوارث، الحديث رقم3.

تناولت مجلة الأحكام العدلية أحكام تصرفات المريض مرض الموت في مواضع عدة ومواد كثيرة، وقد قام الأستاذ الدكتور أنور محمود دبور بتلخيص هذه الأحكام وإجمالها ومنه أفهم أن تصرفات مريض الموت ليست كلها على درجة واحدة من التأثر بالمرض، بل إنها تختلف باختلاف الأحوال، وأجمل الأستاذ الدكتور أنور دبور هذه الأحوال في أربعة أحوال:

الحالة الأولى: إذا ما كان للمريض غرماء فقط تتأثر تصرفاته هنا بمقدار هذه الديون، فإذا كانت التركة غير مستغرقة بالديون كان من حق الدائنين إبطال ما يقابل ديونهم من التصرفات دون ما زاد على ذلك، وإذا كانت التركة مستغرقة بالديون كان من حق الدائنين إبطال كل تصرفات المريض، وسواء في هذا أكان التصرف لأجنبي أم لوارث.

الحالة الثانية: وهي التي يكون فيها للمريض ورثة فقط، وهنا تجب التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: أن يكون التصرف لوارث، وفي هذا الفرض تتأثر تصرفات المريض كلها، أي سواء كان التصرف بجزء صغير من المال أم جزء كبير.

الفرض الثاني: أن يكون التصرف لأجنبي، وتأثير المرض في هذا الفرض يقتصر على ما زاد عن الثلث، فيجوز للمريض الذي لم يتعلق بماله حق للغرماء وكان له ورثة أن يوصي لأجنبي بثلث ماله، لا بما زاد عن الثلث.

الحالة الثالثة: هي الحالة التي يكون فيها للمريض غرماء وورثة معا تتأثر تصرفات المريض أولا بمقدار الدين سواء كان التصرف لوارث أم لأجنبي ثم تتأثر ثانيا بحق الورثة في الباقي، فلا تنفذ تصرفاته فيما زاد عن ثلث التركة بعد سداد الديون إلا بإجازة الورثة إذا كان التصرف لأجنبي أما إذا كان التصرف لوارث فتتأثر تصرفات المريض بأي جزء من المال ولو قل عن الثلث.

الحالة الرابعة: هي التي لا يكون للمريض فيها غرماء ولا ورثة، فإن تبرعه بثلث ماله يكون صحيحا، لأنه إذا صح منه ذلك عندما يكون له وارث فيصح منه عندما لا يكون وارث من باب أولى. لكن يثور التساؤل هنا عن تبرع المريض الذي لا دين عليه ولا وارث له بما زاد عن

ثلث ماله، هل يجوز لأن المنع من التبرع بما زاد عن الثلث إنما هو للحفاظ على حق الـدائنين والوارث، وهنا لا دائن ولا وارث، أم أن ذلك لا يجوز.؟ وهنا ذهب الحنفية والحنابلة وآخـرون إلى جواز ذلك[1]، وقد استدلوا على ذلك من آيات عديدة في القرآن الكريم، منها قوله تعالى ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾[2]، وفي السنة النبوية فقد روي أنّ سعد بن أبي وقاص مـرض فعاده النبي صلى الله عليه وسلم فقال له سعد: أفأتصدق بثلثـي مـالي.؟ قـال: لا، قـال: فبالشطر.؟ - أي النصف قال: لا، قال: فالثلث.؟ قال: الثلث والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم عالة يتكففون الناس، وانك لن تنفق نفقة تبتغي بها إلا أجـرت بهـا، حتى ما تجعل في امرأتك[3].

أما بخصوص إقرار المريض فللمريض أن يقر بدين عليه لأجنبي أو لوارث. فإن كـان لأجنبي غير وارث فهو صحيح نافذ دون حاجة لإجازة الورثة، ولو أحاط الإقرار بجميع مالـه وهذا هو حكم المادة (1601) من المجلة، لكن تقدم عليه عند الحنفية ديون الصحة وهي الـديون التي تثبت قبل مرض الموت، ولو بالإقرار وحده حينئذ. وقال غير الحنفية: دين الصحة وديـن المرض يتساويان، فلا يقدم دين الصحة على دين المرض، لأنهما حقان ثابتان. وإن كان الإقرار لوارث فلا ينفذ إلا بإجازة باقي الورثة، فإن أجازوه نفذ، ولا بطل. لكن يصح الإقـرار لـوارث استثناء كما في حال الإقرار بقبض أمانته الموجودة عند وارث، أو باستهلاك الأمانة أو الوديعة الموجودة عنده لوارث وهذا ما جاءت به المادة (1598) من المجلة[4].

---

[1] في تفصيل ذلك دبور، أنور محمود: **بحث مقارن بعنوان (ماهية مرض الموت وتأثيره في التصرفات بصفة عامـة)** منشور في مجلة الشريعة والقانون الصادرة عن كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثاني، رمضان 1408هـ، مايو (أيار) 1988م، ص93 وما بعدها. وبنفس المعنى دبور، أنور محمود: **بحث مقارن بعنوان (أثر مرض الموت في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي)**، منشور في مجلة الشريعة والقانون الصادرة عن كلية الشـريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثالث، ذي الحجة 1409هـ، يوليو (تمـوز) 1989م، ص50 ومـا بعدها.

[2] سورة النساء: الآية 12.

[3] **سنن أبي داوود**، كتاب الوصايا، باب مَا جَاءَ فِيمَا لاَ يَجُوزُ لِلْمُوصِي فِي مَالِهِ، الحديث رقم2866.

[4] الزحيلي، وهبة: المرجع السابق، هامش ص138.

والواقع أن التمييز بين ما يدخل في دائرة مرض الموت وما لا يدخل فيها ليس بالأمر السهل فالأمراض الخطيرة والمخوفة كثيرة ولا يُعرف إذا ما كانت تُلحق بمرض الموت أم لا تلحق، وفي اعتقادي أن الإجابة على هذا التساؤل تعيد الكرة مرة أخرى إلى ملعب الأطباء والمختصين - كما سبق أن أسلفت في موضوع الجنون وتفصيلاته - على اعتبار أنهم وحدهم من يستطيعون تحديد طبيعة كل مرض ومدى إمكانية إلصاق وصف مرض الموت به.

وفي ذات السياق اختلف الفقهاء اختلافا كبيرا في إثبات مرض الموت، فنص الشافعية على أن مرض الموت لا يثبت إلا بطبيبين توفرت فيهما شروط الشهادة، وذهب أغلب الحنابلة أيضا إلى ما ذهب إليه الشافعية[1].

كما قضت محكمة مصر بأن "مرض الموت يجب أن يكون هو المرض الذي أحدث الوفاة، أو هو المرض الذي يرتبط وثيقا بالمرض المباشر الذي أحدثها بحيث تصعب التفرقة بينهما، ويجب أن يكون المرض مستمرا وحالة المريض تسوء تدريجيا دون أن يتخللها فترات تحسين واضحة، فإذا كان مثل هذه الفترات اعتبر بدء المرض متفقا مع تاريخ بدء الانتكاس الأخير"[2]. وقضت محكمة الاستئناف المصرية بأن "مرض الموت هو المرض الذي يفاجئ الإنسان في صحته وينتهي بالموت، بحيث يشعر المصاب بقرب انتهاء اجله، وليست الشيخوخة من أمراض الموت"[3]. وقد قضت المحاكم المصرية في أحكام متعددة لها أن أمراض تصلب الشرايين وإصابة القلب والكلى والسل واحتباس البول وتضخم البروستاتا والسرطان والسكر هي أمراض مزمنة لا يمكن اعتبارها أمراض موت، ما لم يثبت أن هذا المرض قد تزايد فجأة وانتهى بالموت[4].

---

[1] دبور، أنور محمود: **بحث مقارن بعنوان (ماهية مرض الموت وتأثيره في التصرفات بصفة عامة)**، منشور في مجلة الشريعة والقانون الصادرة عن كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثاني، رمضان 1408هـ، مايو (أيار) 1988م، ص81 وما بعدها.

[2] قرار محكمة مصر بتاريخ 7 مايو 1932م منشور في بحث الدكتور أنور دبور **بعنوان (ماهية مرض الموت وتأثيره في التصرفات بصفة عامة)**، هامش ص101.

[3] قرار محكمة الاستئناف المصرية 23 فبراير 1905م منشور في المرجع السابق، هامش ص101.

[4] في تفصيل هذه الأحكام والقرارات المرجع السابق، هامش ص100 وما بعدها.

مما تجدر الإشارة إليه أن تقييد تصرفات المريض على النحو الذي جاء في الفقه الإسلامي يعد مفخرة من مفاخر هذا الفقه الذي تميز بها عما عداه، والتي لم أجد لها مثيلا في القوانين الوضعية الأوربية حتى الآن. كما نص شراح القانون المدني المصري القديم والجديد على أنه يجب الرجوع في تحديد مرض الموت إلى الفقه الإسلامي، كما أن قوانين كثيرة من القوانين في البلاد العربية تأخذ هذا المبدأ من الفقه الإسلامي، ومن هذه القوانين القانون المدني السوري، والقانون المدني العراقي، والقانون المدني الليبي.

الفرع الثالث: الإكراه

عرفت المجلة الإكراه في المادة (948) منها على أنه "هو إجبار أحد على أن يعمل عملا بغير حق من دون رضاه بالإخافة ويقال له (المكرَه) بفتح الراء ويقال لمن أجبره مجبر ولذلك العمل مجبر عليه وللشيء الموجب للخوف مكره به".

يعرفه الفقهاء على أنه "إجبار الإنسان على فعل أو ترك ما لا يرضاه"[1].

الإكراه نوعان إكراه ملجئ وإكراه غير ملجئ، أو إكراه تام وإكراه ناقص كما في بعض كتب الفقه، وفي هذا تقول المادة (949) من المجلة أن "الإكراه على قسمين الأول هو الإكراه الملجئ الذي يكون بالضرب الشديد المؤدي إلى إتلاف النفس أو قطع عضو والثاني هو الإكراه غير الملجئ الذي يوجب الغم والألم فقط كالضرب والحبس غير المبرح والمديد".

يقول علي حيدر "والناس يختلفون فيما بينهم فبعضهم يتضررون بالضرب الشديد والحبس المديد وبعضهم يتضررون بضربة سوط أو فركة أذن وما شابه لما فيها من الهوان والذل كالشرفاء وأصحاب المنزلة الرفيعة والجاه والضعفاء من الناس أيضا وخصوصا إذا كانت على ملأ من الناس، وقد جعل تقدير ذلك إلى رأي القاضي الذي ترفع إليه القضية"[2].

---

[1] فيض الله، محمد فوزي: المرجع السابق، ص205. محمصاني، صبحي: **النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة**، ج2، ط2، بيروت، دار العلم للملايين، 1972 ص444.

[2] حيدر، علي: **درر الحكام**، ص590.

وتناولت المجلة شروط الإكراه تباعا، فنصت المادة (1003) على أنه "يشترط أن يكون المجبر مقتدرا على إيقاع تهديده وتنفيذه"، ونصت المادة (1004) على أنه "يشترط خوف المكره من المكره به يعني يشترط حصول ظن غالب للمكره بإجراء المجبر المكره بـــه إن لـــم يفعـــل المكره عليه"، كما نصت المادة (1005) على "إن فعل المكره المكره عليه في حضور المجبر أو عونه كان الإكراه معتبرا، أما إذا فعله في غياب المجبر أو عونه فلا يعتبر لأنه يكون قد فعلـــه طوعا بعد زوال الإكراه مثلا لو أكره واحد آخر على بيع ماله وذهب المكره وباع مالـــه فـــي غياب المجبر وعونه فلا يعتبر الإكراه ويكون البيع صحيحا ومعتبرا".

وتضع المادتان (1006) و(1007) أحكام التصرفات الواقعة بالإكراه، فنصـــت المـــادة (1006) على أنه "لا يعتبر البيع الذي وقع بالإكراه المعتبر ولا الشراء والإيجار والهبة والفراغ والصلح عن مال والإقرار والإبراء وتأجيل الدين وإسقاط الشفعة ملجئا كان الإكـــراه أو غيـــر ملجئ، ولكن لو أجاز المكره ما ذكر بعد زوال الإكراه صح"، والمادة (1007) على أنه "كما أن الإكراه الملجئ يكون معتبرا في التصرفات القولية على ما ذكر في المادة السابقة فهـــو معتبـــر أيضا في التصرفات الفعلية وأما الإكراه غير الملجيء فيعتبر في التصرفات القوليـــة فقـــط ولا عبرة له في التصرفات الفعلية وعلى هذا لو قال واحد لآخر أتلف مال فلان وإلا قتلتك أو قطعت أحد أعضائك ففعل كان الإكراه معتبرا والضمان على المجبر فقط أما لو قال اتلف مـــال فـــلان وإلا أضربك أو أحبسك فأتلف ذلك المال فلا يكون الإكراه معتبرا ويلزم الضمان على المتلـــف فقط".

ويضيف حيدر في معرض شرحه للإكراه، أن للإكراه أربعة أحكام والحكم الأول، أنـــه إذا ما كان الإكراه ملجئا ينقل الفعل إلى الحامل في الأمور التي يصلح أن يكون المكره فيها آلة للمجبر الحامل، فلو قتل أحد آخر بإكراه ملجئ أو أتلف مالا له يضاف القتـــل والإتـــلاف إلـــى المجبر، ويكون ذلك الفاعل آلة للقتل أو الإتلاف لأنهما يصلحان أن يكونا آلة للمجبر كمـــا لـــو قتل ذلك المجبر أحدا أو أتلف ماله، أما الأمور التي لا تصلح لان يكون فيها آلة فيبقى الفعل فيها مقصورا على المكره كأنه قد فعله باختياره كالأقوال والأكل لأنه لا يمكـــن للإنســـان أن يـــتكلم

بلسان غيره ويأكل بفمه وبناء عليه فلا تضاف الأقوال لغير المتكلم والأكل لغير الآكل ما لم يكن في هذا القول والأكل إتلاف، وحينئذ فيضاف القول والأكل من حيث الإتلاف إلى المجبر، وللمكره أن يرجع على المجبر ببدل المكره عليه. فلو أكره شخص آخرا على طلاق زوجته قبل الدخول وكان في هذا الطلاق ضرر، فيلزم المكره بنصف المهر المسمى، وللمكره هنا أن يرجع على المجبر بذلك المال[1].

الحكم الثاني مثاله فيما إذا أُكره مسلم على شرب الخمر إكراها ملجئا، ولم يكن من معتادي شرب الخمر فيكون شرب الخمر واجبا لأن الضرورات تبيح المحظورات. ويضيف علي حيدر أن المكره هنا يأثم إذا لم يشرب الخمر مع علمه بالإباحة في أحوال اضطرارية كهذه، وهو في هذا يستند إلى قوله تعالى ﴿إلا ما اضطررتم عليه﴾[2]، وأن ما أفضى إلى الحرام حرام، كذلك لو أصاب أحدا مخمصة فامتنع عن تناول الميتة يأثم[3].

الحكم الثالث هو حظر عمل المكره عليه يعني كون المكره عليه حراما، فلو أكره أحد على قتل نفس أو قطع عضو أو على الزنا إكراها ملجئا يكون ارتكاب فعل القتل أو قطع العضو أو الزنا حراما، ويفسر علي حيدر ذلك بأن على الشخص في هذه الحالة أن يصبر ولا يقتل لأنه لا يباح قتل الآدمي بمثل هذه الضرورات[4].

أما الحكم الرابع والأخير، كون عمل المكره عليه مباحا ومرخصا به، فلو أكره احد إكراها ملجئا على إتلاف مال الغير فيرخص لذلك الشخص في إتلاف المال المذكور ولا يأثم إذا أتلفه. أما إذا لم يتلفه وصبر مرجحا المنع الأصلي وقتل فيثاب، لأن أخذ مال الغير ظلم ولا يباح الظلم[5].

---

[1] حيدر، علي: **درر الحكام** : ص654.

[2] سورة الأنعام: الآية 119.

[3] حيدر، علي: **درر الحكام**، ص654 وما بعدها.

[4] المرجع السابق: ص655.

[5] المرجع السابق: ص655.

الفرع الرابع: الإغماء

يعرفه الفقهاء على أنه تعطل القوى المدركة المحركة حركة إرادية بسبب مرض يعرض للدماغ أو القلب. وهو يشبه النوم في تعطيل العقل، إلا أن النوم عارض طبيعي، والإغماء غير طبيعي، فيكون حكمهما واحدا في التصرفات، وهو إلغاؤها وبطلانها لانعدام القصد عند المغمى عليه[1].

الفرع الخامس: النوم

فتور طبيعي يعتري الإنسان في فترات منتظمة أو غير منتظمة لا يزيل العقل، بل يمنعه عن العمل، ولا يزيل الحواس الظاهرة، بل يمنعها أيضا عن العمل. وعبارات النائم كالمغمى عليه لا اعتبار لها إطلاقا[2].

الفرع السادس: السُكر

يقول الدكتور وهبة الزحيلي في تعريفه أنه "حالة تعرض لإنسان من امتلاء دماغه من الأبخرة المتصاعدة إليه، فيتعطل معه عقله المميز بين الأمور الحسنة والقبيحة. وهو نوعان: سكر بطريق مباح كالحاصل من الدواء أو البنج، أو حالة الاضطرار أو الإكراه. وسكر بطريق حرام كالحاصل من الخمر أو أي مسكر آخر حتى البيرة. والسكر بنوعيه لا يذهب العقل، بل يعطله فترة من الزمن، ويزيل الإرادة والقصد"[3].

حكمه على المشهور عند المالكية وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة: أن يبطل العبارة ولا يرتب عليها التزام، فتبطل عقوده وتصرفاته لعدم سلامة القصد أو الإرادة، سواء أكان بطريق مباح أم محظور، فلا يصح يمينه وطلاقه وإقراره ولا بيعه ولا هبته ولا سائر أقواله. إلا أن المالكية قالوا في الطلاق: لو سكر سكرا حراما صح طلاقه، إلا أن لا يميز فلا طلاق عليه

---

(1) الزحيلي، وهبة: المرجع السابق، ص128.

(2) محاسنة، محمد: المرجع السابق، ص11.

(3) الزحيلي، وهبة: المرجع السابق، ص129.

لأنه صار كالمجنون. وقال جمهور الفقهاء: يفرق بين السكر بمباح فليس لعبارتـــه أي اعتبـــار، وبين السكر بمحرم فتقبل عبارته زجرا له وعقابا على تسببه في تعطيل عقله، فتعد تصرفاته من قول أو فعل صحيحة نافذة، عقابا وزجرا له ولأمثاله، سواء في ذلك الزواج والطـــلاق والبيـــع والشراء والإجارة، والرهن والكفالة ونحوها[1].

[1] فيض الله، محمد فوزي: المرجع السابق، ص205. وبنفس المعنى سراج، محمد: المرجـــع الســـابق، ص90. وبـــنفس المعنى أبو زهرة، محمد: المرجع السابق، ص345.

المبحث الثاني

أسباب انعدام التمييز في القوانين المدنية

برأيي أن تحديد أسباب انعدام التمييز في القوانين المدنية الوضعية يكتسب أهمية تفوق تحديدها في مجلة الأحكام العدلية، ذلك أن مجلة الأحكام العدلية قد أقامت الضمان على المميز وغير المميز، في حين أن غالبية القوانين المدنية الوضعية اشترطت التمييز لقيام المسؤولية.

دراسة أسباب انعدام التمييز في هذا المبحث ستكون منصبة على القانونين المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 والمدني الأردني رقم (43) لسنة 1976على اعتبار أنهما القانونين أو المدرستين محل الدراسة والبحث، هذا كله مع التعرض لبعض القوانين المدنية العربية الأخرى.

وولوجا مني في الموضوع فإن أسباب انعدام التمييز في القوانين المدنية الوضعية ترجع بالدرجة الأولى إلى السن والمرض العقلي بالإضافة إلى أسباب أخرى في هذا القانون أو ذاك سأتعرض لها بالقدر اللازم ولدراسة هذه الأسباب وأحكام كل سبب منها ومدى تأثيره على التمييز وأهلية الأداء تباعا قسمت هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: صغر السن

المطلب الثاني: الأمراض العقلية

المطلب الأول: صغر السن

رأينا في المبحث السابق كيف أن مجلة الأحكام العدلية لم تحدد سنا معينة للتمييز وأن جانبا من الفقه الإسلامي فقط هو من حدد سن التمييز بسبع سنوات مستندا في ذلك لاعتبارات قد تعرضت لها، أما منهج أغلبية القوانين المدنية الوضعية قد جاء متحدا على الأقل في تحديد سن التمييز وفي تقسيم أدوار السن بالنسبة إلى الأهلية إلى ثلاثة أدوار. والملاحظ ابتداء أن حال هذا التقسيم كتقسيم هو حال تقسيم مجلة الأحكام العدلية غير أن نصوص القوانين المدنية الوضعية لم تأتِ على مرحلة البلوغ وإنما قسمت المراحل: إلى مرحلة الصبي غير المميز، ومرحلة الصبي المميز، ومرحلة البالغ الرشيد.

وللتعرف على أحكام كل مرحلة أفردت لكل مرحلة فرعا مستقلا من الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول: الصبي غير المميز

تنص المادة (45) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 على أنه "1. لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. 2. وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز"، وهذا النص مطابق تماما لنص المادة (44) من القانون المدني الأردني وكذلك نص المادة (86) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي. في حين أن المشرع اللبناني لم يورد مثل هذا التحديد في قانون الموجبات والعقود لسنة 1932 مما يعطي للقاضي صلاحية تقدير وجود التمييز أو عدم وجوده في كل حالة على حده دون تقيد بسن محددة[1]. وبهذا يكون موقف المشرع المدني اللبناني متماشيا مع موقف مجلة الأحكام العدلية، وأتمسك هنا بنفس الانتقادات التي كنت قد وجهتها لمجلة الأحكام العدلية بهذا الخصوص في المبحث السابق.

تضيف المادة (110) من القانون المدني المصري أن "ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة"، وهذا النص مطابق تماما لنص المادة (117) من القانون المدني الأردني كما أن هذا النص موافق لنص المادة (1/216) من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تنص على "إن تصرفات الشخص المجرد كل التجرد من قوة التمييز كالصغير والمجنون تعد كأن لم تكن".

ما أخلص إليه أن الأحكام الواردة في نصوص المواد السابقة والتي عالجت موضوع التمييز وتحديد سنه من ناحية وحكم تصرفات عديم التمييز من ناحية أخرى لم تختلف مع أحكام المجلة إلا فيما سبق أن أشرت إليه وهو تحديد سن التمييز أما فيما عدا ذلك وفيما يخص الحكم ببطلان تصرفات الصبي غير المميز فإن نصوص المجلة والنصوص السابقة قد جاءت متفقة،

---

[1] الصده، عبد المنعم فرج: **مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري**، بيروت، دار النهضة العربية، 1979، ص198.

ومما يدخل في سياق المقارنة هنا أيضا أن مجلة الأحكام العدلية وفي نص المادة (943) قد عرفت الصغير غير المميز بطريقة سلسة قربت هذا المفهوم ومثلت عليه بأمثلة حية، في حين أن القوانين المدنية الوضعية قد تركت أمر تعريف الصبي غير المميز للفقه القانوني والشراح، وإن كانت مجلة الأحكام العدلية في تعريفها للصبي غير المميز في المادة (943) وبالطريقة التي أشرت إليها قد قصدت الابتعاد عن تحديد سن التمييز وترك الموضوع لقاعدة عامة سهلة القياس إلا أن تعريفها للصبي غير المميز بحد ذاته نقطة ايجابية هامة تحسب لها.

مع أن جمهور الفقه المصري يتفق على ارتباط عدم التمييز للصغر في السن بعدم بلوغ الطفل السابعة من عمره سواء في مجال الأهلية التعاقدية أو في مجال المسؤولية التقصيرية، على أساس أن عدم التمييز لهذا السبب يتحدد مناطه في المادة (164) مدني مصري والتي تنص على ما يلي: "يكون الشخص مسؤولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو غير مميز"، بالإضافة إلى المادة (45) مدني مصري السالفة الذكر، إلا أنه قد برز اتجاهان آخران:

الاتجاه الأول: يرى أنه وفي نطاق المسؤولية التقصيرية ليس ثمة ما يحول دون إثبات انعدام تمييز من بلغ السابعة من عمره عاقلا وذلك بدعوى أن نص الفقرة الثانية من المادة (45) قد أنشأ قرينة على توافر التمييز من سن السابعة، ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس فيجوز بالتالي إثبات انعدام تمييز من جاوز هذه السن[1].

الاتجاه الثاني: يرى أن ما نصت عليه المادة (45) لا ينطبق في مجال المسؤولية التقصيرية بإطلاق سواء بالنسبة لمن لم يبلغ هذه السن أو بالنسبة لمن بلغها. ومن ثم فإنه يجوز وفقا لهذا الرأي إثبات تمييز من لم يبلغ هذه السن كما انه يجوز إثبات عدم تمييز من بلغها[2]، وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه بعدة أمور أهمها:

أولا: إن المادة (45) تقع ضمن النصوص المنظمة لحالة الأشخاص الطبيعيين وأهليتهم وهي المواد من (29) إلى (51) مدني مصري. ولما كانت الأهلية المنصوص عليها في هذا الصدد

[1] أبو الخير، عبد السميع عبد الوهاب: **التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الإسلامي والقانون المدني "دراسة مقارنة"**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1994، ص10.

[2] المرجع السابق: ص11.

هي أهلية مباشرة الحقوق المدنية، وإن ذلك يستتبع القول بقصر نطاق المادة (45) على الأهلية التعاقدية دون غيرها. بدليل أن المشرع المصري قد اتبع تنظيمه لحالة الأشخاص الطبيعيين وأهليتهم بتنظيمه لأحكام الولاية والوصاية والقوامة التي يخضع لها فاقدوا الأهلية وناقصوها بخصوص التصرفات القانونية. ومتى كانت أحكام الولاية والوصاية تخص التصرفات القانونية، ومتى كان تنظيمها قد جاء تاليا لتنظيم حالة الأشخاص الطبيعيين وأهليتهم، فإن ذلك دليل قاطع بقصر نطاق المادة (45) على الأهلية التعاقدية دون غيرها[1].

ثانيا: إن المشرع المصري قد آثر تحديد السن التي يعتبر الشخص فيها فاقدا للتمييز بعدم بلوغه السابعة من عمره في المادة (2/45) وما كان هذا التحديد إلا توضيحا لما نصت عليه الفقرة الأولى من ذات المادة من أنه "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون"، وذلك بدليل أن الفقرة الثانية من المادة (45) قد استهلت بحرف العطف الذي يفيد ارتباط تلك الفقرة بما قبلها من نص لتوضيح ما أجمله. ومن البديهي أن ما يأتي به التوضيح إنما يكون في حدود ما أجمله النص الموضح. ولما كانت الفقرة الأولى من المادة (45) تتحدث عن الأهلية التقليدية، ولما كانت الفقرة الثانية تنطوي على توضيح لما نصت عليه الفقرة الأولى وتحديدا له. فإن الجمع بينهما يبرز تلك النتيجة التي مفادها بأنه "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية كل من لم يبلغ السابعة من العمر". وذلك هو ما يستتبع القول بحسب رأي هذا الاتجاه بان نص المادة (45) لا يمثل قاعدة عامة تشمل سائر نصوص القانون المدني. إذ يقتصر نطاق تطبيقها على الأهلية التعاقدية دون المسؤولية التقصيرية[2].

يقول الدكتور عبد السميع عبد الوهاب في معرض رده على حجج الاتجاه الأول "إن نص المادة (45) لا ينطوي على أية قرينة قانونية على الإطلاق وعلى فرض وجودها وهو فرض غير قائم فيما نرى فإنه لا يمكن القول بأن تلك القرينة قاطعة في احد شقيها وبسيطة في شقها الآخر فهي إما أن تكون قاطعة فيهما معا أو غير قاطعة. ومتى كان من المسلم به عدم جواز إثبات تمييز من لم يبلغ السابعة من عمره، فإنه لا يجوز كذلك إثبات عدم تمييز من بلغها

---

[1] عبد الرحمن، محمد شريف: **مسؤولية عديم التمييز**، الزقازيق، مكتبة نجم القانونية، 2001، ص44.

[2] المرجع السابق: ص45.

عاقلا سواء في مجال الأهلية المدنية أو في مجال المسؤولية المدنية بصفة عامة، وفضلا عن ذلك فإن القول بجواز هذا الإثبات ينطوي على إهدار لهذا التحديد القانوني الذي نص عليه المشرع الوضعي بصدد الفقرة الثانية من المادة (45) ويجرده من أي قيمة قانونية له"[1].

أوافق الدكتور عبد السميع أبو الخير فيما ساقه من رد على الاتجاه الأول، وأرى أن الفقرة الثانية من المادة (45) لا تحوي على أي قرينة قانونية ولا يمكن بأي شكل من الأشكال أن يستشف منها أنه يمكن إثبات انعدام تمييز من بلغ السابعة من عمره عاقلا، وإن القول بذلك يحمل النص ما لا يحتمل. كما أن نص الفقرة الثانية من المادة (45) قد جاء قاطعا في تقديري بخصوص هذه المسألة سواء إذا أخذناه بصيغته الحالية أم بمفهوم المخالفة، ومن ناحية أخرى فإنه من غير المتصور محاولة إثبات انعدام تمييز من بلغ السابعة عاقلا وهو قد بلغها عاقلا بالفعل لأنها محاولة إثبات عكس ما هو موجود.

أما في سياق الرد على الاتجاه الثاني، فإن الفقرة الثانية من المادة (45) وإن كانت تقع ضمن النصوص المنظمة لحالة الأشخاص وأهليتهم لمباشرة الحقوق المدنية، إلا أن ذلك يرجع إلى لزوم توافر هذه الأهلية بالنسبة للتصرفات القانونية دون لزومها لترتيب الآثار القانونية على الوقائع المادية وذلك هو ما يجمع عليه الفقه. ومتى انتفت الحاجة إلى النص على تلك الأهلية في هذا النطاق الأخير فإن النص عليه يكون من قبيل العبث وهو ما لن يقع فيه المشرع الوضعي. وفضلا عن ذلك فإن وقوع هذا النص في نطاق القواعد العامة المنظمة للالتزام إنما ينبئ عن أن حكما يمثل قاعدة عامة يحتاج تخصيصها بنطاق معين إلى دليل يدل عليه، أما وأن هذا الدليل لم يوجد فإن العام يظل على عمومه وهو ما يستتبع القول بسريان حكم الفقرة الثانية من المادة (45) سواء بالنسبة للأهلية المدنية أو بالنسبة للمسؤولية التقصيرية[2].

يضيف على ذلك الدكتور عبد السميع أبو الخير في تفنيده لحجج الفريق الثاني "أننا وإن كنا نسلم بأن الفقرة الثانية من المادة (45) تعتبر توضيحا للفقرة السابقة عليها وتحديدا لها إلا أن ذلك يخلو من الدلالة على قصر نطاق تلك الفقرة على الأهلية التعاقدية دون الأهلية اللازمة

---

[1] أبو الخير، عبد السميع عبد الوهاب: المرجع السابق، ص10 وما بعدها.

[2] المرجع السابق، ص14. وبنفس المعنى عبد الرحمن، محمد شريف: المرجع السابق، ص45.

للمسؤولية التقصيرية. وذلك بحسب أنه من البديهي أن التوضيح لابد وأن ينصب على المنصوص عليه دون المسكوت عنه، ولما كان المنصوص عليه في هذا الصدد هو الأهلية المدنية دون الأهلية اللازمة للمسؤولية التقصيرية لكونها غير لازمة لترتيب الآثار القانونية على الوقائع المادية فإن ذلك يستتبع القول ببديهية ورود التوضيح على الأهلية المدنية دون غيرها، ولا شك أن ذلك يخلو من الدلالة على قصر نطاق الفقرة الثانية من المادة (45) على الأهلية المدنية دون غيرها"[1].

في اعتقادي أن الاتجاه الثاني أيضا قد جانبه الصواب إلى حد كبير، فنص المادة (45) وبغض النظر إذا ما كانت الفقرة الثانية منه قد جاءت توضيحا وتحديدا للفقرة الأولى إلا أنه قد جاء عاما والعام يبقى على عمومه والمطلق يجري على إطلاقه، والخاص يحتاج إلى نص واضح ومحدد ولا يمكن أن تكون الحالة الخاصة أو الاستثناء مبنيا على رأي أو اجتهاد دونما نص. وإذا ما فرضنا جدلا أن نص المادة (45) قد جاء لمعالجة الأهلية التعاقدية وحسب، إذن أين هو النص الذي يعالج موضوع الأهلية في المسؤولية التقصيرية.

وعليه فإن نص المادة (45) قد جاء عاما وشاملا للأهلية في نطاق المسؤولية التقصيرية ونطاق المسؤولية العقدية.

الفرع الثاني: الصبي المميز

يكون الصبي مميزا من سن التمييز إلى سن الرشد. ولا يقصد بوصفه مميزا أنه أصاب تمييزا كاملا، فهذا معناه بلوغ الرشد، وإنما يقصد بهذا الوصف أن الصغير قد توفرت له بعض أسباب التمييز، فهو لا يزال ناقص العقل، ولذلك يكون ناقص الأهلية[2].

نصت على ذلك المادة (46) مدني مصري بقولها "إن كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون"، ونص المادة السابق مطابق تماما لنص المادة (45) مدني أردني.

---

[1] أبو الخير، عبد السميع عبد الوهاب: المرجع السابق، ص15.

[2] الصده، عبد المنعم فرج: المرجع السابق، ص199.

في القانون المصري تقول المادة (111) مدني في حكم تصرفات الصبي المميز ما يأتي "1. إذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا. 2. أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون" في حين أن المادة (118) مدني أردني تنص على أن "تصرفات الصغير المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا، وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتعد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها له التصرف ابتداء أو إجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد".

الظاهر هنا أن أحكام القانون المدني الأردني تتفق مع أحكام القانون المدني المصري في شأن تصرفات الصبي المميز النافعة نفعا محضا والضارة ضررا محضا، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فهي موقوفة على إجازة الولي في القانون المدني الأردني، وإن كانت في نفس الوقت تعتبر قابلة للإبطال بالنسبة للقاصر حسب المادة (1/134) مدني أردني التي تنص على انه "يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد"، بمعنى أن إجازة الولي لعقد لا تمنع القاصر من طلب إبطاله بعد بلوغه سن الرشد. أما في القانون المصري فان التصرفات الدائرة بين النفع والضرر تعتبر قابلة للإبطال بادئ الأمر وحسب نص المادة (2/111) مدني مصري، وهناك فرق بين الوقف والقابلية للإبطال، فالعقد الموقوف عقد صحيح ولكنه غير نافذ، ويظل موقوفا على الإجازة، فإن أجيز نفذ وان لم يجز بطل. أما العقد القابل للإبطال فهو عقد صحيح نافذ حتى يقضى ببطلانه، فإن قضي ببطلانه اعتبر كأن لم يكن[1].

---

[1] سلطان، أنور: **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي"**، ط2، المكتب القانوني، عمان، 1998، ص44 وما بعدها. منصور، أمجد: **مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار "دراسة مقارنة"**، بحث منشور على موقع الدليل الالكتروني للقانون العربي www.arablawinfo.org، ص8، نظر هذا الموقع بتاريخ 2006/5/31 الواقع يوم الأربعاء الساعة 10:00 مساء. منصور، أمجد: **النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام**، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006، هامش ص98. عبد البر، محمد زكي: المرجع السابق، ص28 وما بعدها.

تنص المادة (2/216و3) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على "أما تصرفات الأشخاص الذين لا أهلية لهم ولكنهم من ذوي التمييز، فهي قابلة للإبطال (كالقاصر المميز). ولا يجوز لمن تعاقد مع فاقد الأهلية أن يدلي بحجة الإبطال، فهمي من حقوق فاقد الأهلية نفسه أو وكيله أو ورثته وإذا كان العقد الذي أنشأه القاصر المميز غير خاضع لصيغة خاصة فإن القاصر لا يمكنه الحصول على إبطاله إلا إذا أقام البرهان على وقوعه تحت الغبن. أما إذا كان من الواجب إجراء معاملة خاصة، فالبطلان واقع من جراء ذلك، دون أن يلزم المدعي بإثبات وجود الغبن".

يتبين من هذا أن الصبي المميز له أن يباشر التصرفات النافعة نفعا محضا، إذا تكون له أهلية أداء كاملة بالنسبة إليها. وليس له أن يباشر التصرفات الضارة ضررا محضا، إذ يكون عديم الأهلية بالنسبة إليها، فان باشرها وقعت باطلة. أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتكون له بالنسبة إليها أهلية ناقصة، إذ هو لا يملك مباشرتها، وإنما يتولاها عن الولي أو الوصي، فإذا قام بها الصغير نفسه وقعت قابلة للإبطال. وهذا الإبطال يطلبه الولي أو الوصي أو الصغير بعد بلوغه الرشد. ويصبح التصرف صحيحا بصفة نهائية بحيث لا يمكن طلب إبطاله إذا أجازه الصغير بعد بلوغه الرشد، أو أجازه الولي أو الوصي أو المحكمة بحسب ما خوله القانون لكل منهم من سلطة القيام بالتصرف أو الإذن به[1].

الفرع الثالث: البالغ الرشيد

في القانون المصري تقضي المادة (44) مدني بأن "1. كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. 2. وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة". وهذه المادة تطابق المادة (43) من التقنين المدني الأردني في كل شيء عدا أن سن الرشد بحسب المشرع الأردني ثماني عشرة سنة شمسية كاملة.

في القانون اللبناني تنص المادة (215) موجبات وعقود على أن "كل شخص أتم الثامن عشرة من عمره هو أهل للالتزام، ما لم يصرح بعدم أهليته في نص قانوني". وتنص المادة

---

[1] الصده، عبد المنعم: المرجع السابق، ص200.

(2/85) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على انه ويبلغ الشخص سن الرشد إذا أتم إحدى وعشرين سنة قمرية".

الملاحظ في نصوص القوانين السابقة اتجاهها عموما إلى الرفع من سن الرشد أو على الأقل تقييده بسن معينة يكون الشخص فيها قادرا حتما على صيانة أمواله وممتلكاته.

يرى الدكتور الزرقا أن هذا لا ينافي الشريعة الإسلامية الحكيمة بل يوافق مبادئها وفقهها في رعاية المصالح كل الموافقة[1].

وإذا ما اتجهنا للمقارنة في هذا المقام بين نصوص المجلة ونصوص القوانين الوضعية نجد أن مجلة الأحكام لم تحدد سنا معينة للرشد وإنما اتبعت ما يمكن اعتباره توصيفا أو خطوطا عريضة يمكن القياس عليها في كل مرحلة عمرية وبناء على هذا القياس يكون الشخص إما مميزا أو عديما للتمييز أو راشدا. وفي منظوري أنني أمام نفس الانتقاد الذي وجهته لمجلة الأحكام العدلية بشأن عدم تحديدها لسن معينة سواء في مرحلة التمييز أو الرشد، وأضيف إلى هذا الانتقاد أمرا آخرا وهو أن مجلة الأحكام قد حددت مثلا سنا معينة يكون الشخص بالغا إذا ما بلغها. وإذا ما سلمنا بأن مجلة الأحكام قد تركت الباب مواربا في موضوع تحديد سن الرشد لما يحتاجه هذا الأمر من دقة وما قد يرتبه من تبعات قانونية كاستطاعة الشخص مثلا التصرف بأمواله بالكيفية التي يراها، إلا أننا لا نستطيع أن نفهم لماذا حددت المجلة سنا معينة للبلوغ وللمراهقة رغم أن ذلك بالغ الدقة علميا وفسيولوجيا وقد يختلف من مكان لآخر بحسب أمور علمية كثيرة منها الإقليم والمناخ والظروف الاجتماعية والنفسية، في حين أنها لم تحدد سنا معينة للرشد وهي مسألة شديدة الأهمية لما يتوقف عليها من أحكام ومسؤوليات عدة من الناحية القانونية كالعقود والتصرفات وإدارة الأموال.

المطلب الثاني: الأمراض العقلية

في هذا المطلب سأتناول الأمراض العقلية التي تعتبر سببا من أسباب انعدام التمييز كالجنون والعته والسفه وما قد يتصل بها من حالات أخرى.

---

[1] الزرقا، مصطفى: المرجع السابق، ص782.

الفرع الأول: الجنون

الجنون مرض يعتري الشخص يؤدي إلى زوال العقل[1]، ويعرف أيضا على أنه اضطراب في العقل يجعل الشخص فاقد التمييز[2]، كما يعرف في حقل الطب النفسي وفي حقول الصحة العقلية الأخرى بأنه شذوذ أو اعتلال في العقل تصاحبه عدة علامات تدل على الخطورة[3].

وفي القانون المدني الأردني يعتبر المجنون محجورا لذاته، نزولا عند حكم المادة (127) التي تقضي بأن الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم.

الجنون قد يستوعب كل أوقات المريض به، وهذا هو الجنون المطبق، وقد يجن المريض فترة من الزمن ويفيق أخرى، وهذا هو الجنون المتقطع. وسواء أكان الجنون مطبقا أي مستمرا، أم غير مطبق أي متقطع، فهو معدم للأهلية، فلا يصح تصرف المجنون في حالة جنونه، أما تصرفه في حالة الإفاقة في الجنون غير المطبق فهو صحيح[4].

وعلى هذا الحكم نصت المادة (2/128) مدني أردني بقولها "المجنون المطبق هو في حكم الصبي غير المميز، أما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حال إفاقته كتصرف العاقل". وقد قررت محكمة التمييز الأردنية بشأن ذلك أنه "لا نقاش في أن من يدعي الجنون غير المطبق يلتزم بإثبات أن التصرف قد تم في وقت كانت النوبة فيه قد ألمت بالمدعى عليه"[5].

---

[1] سلطان، أنور: المرجع السابق، ص46.

[2] الصده، عبد المنعم فرج: المرجع السابق، ص205.

[3] السعيد، كامل: **الجنون والاضطراب العقلي وأثره في المسؤولية الجنائية**، ط1، عمان، منشورات الجامعة الأردنية، 1987، ص18. فايق، أحمد فؤاد: **جنون الفصام، مجموعة سيكولوجية العلاقات الإنسانية بإشراف الدكتور عبد المنعم المليجي**، القاهرة، دار المعارف بمصر، 1961، ص49.

[4] سلطان، أنور: المرجع السابق، ص46. وبنفس المعنى ياسين، محمد نعيم: بحث بعنوان **(أثر الأمراض النفسية والعقلية على المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية)**، منشور في مجلة الشريعة والقانون الصادرة عن كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد السادس عشر، يناير 2002، ص24.

[5] قرار محكمة التمييز الأردنية تمييز حقوق رقم 80/420 منشور في مجلة نقابة المحامين، سنة 1981، ص913.

موقف القانون المدني الأردني هنا منبثق عن موقف مجلة الأحكام العدلية، فالنصوص السابقة تطابق إن لم تكن مأخوذة عن نصوص المجلة (944) و(979) و(980) والتي سبق ذكرها.

أما في القانون المدني المصري فلم يميز المشرع مطلقا بين جنون مطبق وآخر غير مطبق. وقد نصت المادة 1/45 على أنه "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون".

من هنا فإن تصرفات المجنون تقع باطلة. وتضيف المادة (114) مدني مصري في هذا الصدد "1. يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر. 2. أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها".

يشترط في القانون المصري لاعتبار المجنون فاقدا للأهلية أن يكون قد صدر قرار بالحجر عليه، فتصرفه لا يكون باطلا لفقدان الأهلية إلا إذا صدر بعد تسجيل الطلب المقدم لتوقيع الحجر (المادة 1026 مرافعات مصري)، فإذا لم يسجل هذا الطلب فبعد تسجيل الحكم بالحجر. أما التصرف الذي يصدر قبل تسجيل الطلب أو الحكم فلا يكون باطلا لفقدان الأهلية إلا إذا كان من يتعامل مع المجنون سيء النية، بأنه كان يعلم بحالة الجنون، أو كانت هذه الحالة شائعة بحيث في وسعه أن يعلم بها وهو الحكم المستقى من المادة (114) السابقة. وإذا قامت حالة الجنون عند الشخص قبل بلوغ سن الرشد حكمت المحكمة باستمرار الولاية أو الوصاية عليه. وإذا طرأت حالة الجنون عند الشخص بعد بلوغه الرشد يحجر عليه وتقيم المحكمة قيما لإدارة أمواله. وطالما كان الشخص خاضعا للولاية أو الوصاية أو محجورا عليه بسبب الجنون فإنه يظل فاقد الأهلية، فتقع جميع تصرفاته باطلة، دون تفرقة بين ما يصدر منها في فترات الجنون وما يصدر في فترات الإفاقة. فلا تعود إليه أهليته إلا بقرار برفع الولاية أو الوصاية أو الحجر بناء على زوال حالة الجنون[1].

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام**، ج1، القاهرة، دار النهضة العربية، 1956، ص104. الصده، عبد المنعم فرج: المرجع السابق، ص205 وما بعدها.

في اعتقادي أن الجنون كسبب من أسباب انعدام التمييز يحتاج إلى تمحيص وبحث أكثر من غيره من الأسباب كونه ليس حالة بعينها كما أن الكشف عنه يحتاج إلى فحص طبي دقيق لكثرة حالات الجنون واختلاف أعراضها. فهناك جنون الفصام (Schizophrenia) وهناك الشذوذ الكروموسومي والحالة السيكوباتية والاضطراب الوجداني والتخلف العقلي وغيرها من حالات الجنون أو الاضطرابات العقلية، وأرغب هنا أن أشير إلى حالة التخلف العقلي الذي يعرف على أنه حالة من عدم تكامل نمو خلايا المخ أو توقف نمو أنسجته منذ الولادة أو في السنوات الأولى من الطفولة بسبب ما. والتخلف العقلي ليس مرضا مستقلا أو معينا بل هو مجموعة أمراض تتصف جميعها بانخفاض في درجة ذكاء الطفل بالنسبة إلى معدل الذكاء العام، وعجز في قابليته على التكيف. وللتخلف أسباب عديدة منها تعوق نمو المخ بشكل طبيعي قبل الولادة أو خلالها أو في سنوات الطفولة المبكرة، وقد تم اكتشاف العديد من أسباب التخلف العقلي إلا أن ثلث الحالات لم يتم التعرف على أسبابها[1]. وكون حالات التخلف العقلي كثيرة

---

[1] مجموعة مقالات طبية متخصصة منشورة على المواقع التالية: http://www.stop55.com http://www.elazayem.com، نظرت هذه المواقع بتاريخ 2007/1/6 الواقع يوم السبت الساعة 5:00 مساء.
من ناحية أخرى وبخصوص القوانين الوضعية الغربية، فإن كثيرا من الباحثين في المجتمعات الغربية يرون بأن مصطلح الجنون (**The Insanity**) أصبح مصطلحا قانونيا أكثر من كونه مصطلحا طبيا، ويعزون السبب في ذلك إلى كثرة استعماله من قبل المحامين والمدعين العامين، والى التستر خلف الجنون والاضطرابات العقلية من أجل التملص من العقوبات أو التعويضات. وفي إمكانية استعمال الجنون من قبل المجرمين للهروب من العقوبات المشددة أو من التعويضات تجيب نقابة الأطباء النفسيين الأمريكية أنه وبحسب دراسة أجريت في العام 1991م من قبل المعهد الوطني الأمريكي للصحة العقلية ما نسبته 80% تقريبا من القضايا في أمريكا يبرأ أصحابها أو من تقع عليهم المسؤولية فيها بسبب استعمال عارض الجنون كسبب للبراءة أو للإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، وتعزو نقابة الأطباء النفسيين ذلك إلى أن ما يحصل فعليا هو تواطؤ فيما بين الادعاء العام والدفاع في اعتبار الشخص الماثل أمام القضاء مجنونا، وهذا يجعل القضاء يحيله إلى المختصين من أجل الكشف عليه وفي هذه الحالة نادرا ما يستطيع المتمارضون أو مدعو الجنون إقناع المحكمة بصحة ادعاءاتهم. في دراسة أخرى بشأن إمكانية استعمال عارض الجنون كدفاع قانوني، يقول باحثون متخصصون من النقابة الأمريكية للطب النفسي أنه يجب الانتباه بشدة إلى البراعة من قبل المحامين أو الماثلين أمام القضاء في التمارض وفي ادعاء الجنون، وتضرب الدراسة مثلا على ذلك قضية جون هنكلي الذي قام بإطلاق النار على الرئيس الأمريكي رونالد ريغان من أجل ممارسة نوع من الضغط النفسي على الممثلة الأمريكية جودي فوستر، ويرى نفس الباحثين أنه وبعد تلك القضية أصبحت بعض الولايات تستعمل نظاما يشبه مركز مراقبة وملاحظة نفسية وقانونية يودع فيها من برئوا أو أعفوا من المسؤولية بسبب الجنون وإذا ما ثبت بعد مضي مدة معينة أنهم سليمون تتم إدانتهم مرة أخرى. **(مقال باللغة الانجليزية بعنوان: "Questions And Answers On Using "Insanity" as a Legal Defense" منشور على موقع http://www.healthyminds.org/insanitydefense.cfm، نظر هذا الموقع بتاريخ 2007/1/3 الواقع يوم الأربعاء الساعة 9:00 مساء. ومقالات وأبحاث أخرى باللغة الانجليزية منشورة على موقع نقابة الأطباء النفسيين الأمريكيين، http://www.psych.org/research/ ، نظر هذا الموقع بتاريخ 2007/1/4 الواقع يوم الخميس الساعة 6:00 مساء).**

ومنتشرة بشكل واسع في المجتمع، فإنه من الواجب وضع معيار موضوعي قانوني آخر ليتسع لهذه الحالات ولغيرها من حالات الجنون والاضطرابات العقلية.

الفرع الثاني: العته

العته كالجنون خلل يصيب العقل، ولكنه يختلف عن الجنون في أن صاحبه لا يكون في حالة هياج، فهو عبارة عن جنون هادئ[1].

القانون المصري يعطي المعتوه حكم المجنون في جميع الأحكام، فهو فاقد الأهلية كالمجنون، وتقع تصرفاته باطلة. وهذا ظاهر من النصوص التي سقتها في الكلام عن الجنون.

ومن ناحية إثبات حالة العته من عدمها تقول محكمة النقض المصرية أن "قيام حالة العته وأثرها في التمييز مما يتعلق بفهم الواقع في الدعوى، فلا يخضع فيه القاضي لرقابة محكمة النقض"[2]، وتضيف في قرار آخر "ويجوز إثبات حالة العته وقت صدور التصرف بجميع الطرق، ولم يكن يشترط في التقنين المدني القديم لا بطال التصرف علم المشتري بعته البائع وقت البيع"[3].

أما موقف القانون المدني الأردني من العته فهو نفس موقف مجلة الأحكام العدلية الذي سبق وأن أوضحته في المبحث الأول، وذلك في اعتبار المعتوه في حكم الصبي المميز وهذا ما نصت عليه المادة (1/128) بقولها "المعتوه هو في حكم الصغير المميز". وهذا هو موقف القانون اللبناني أيضا.

يقول الدكتور السنهوري في معرض حديثه عن المعتوه "أما المعتوه نفسه فقد يكون غير مميز فيكون فاقد الأهلية كالمجنون والصغير غير المميز، وقد يكون مميزا فتكون له أهلية الصبي المميز"[4].

---

[1] الصده، عبد المنعم فرج: المرجع السابق، ص206.

[2] نقض مدني 27 أكتوبر سنة 1938م منشور في كتاب الدكتور السنهوري **الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام**، هامش ص105.

[3] نقض مدني 22 نوفمبر سنة 1951م منشور في المرجع السابق، هامش ص104.

[4] السنهوري، عبد الرزاق أحمد: المرجع السابق، ص104.

موقف الدكتور السنهوري هذا جاء كموقف وسطي بين موقف القانونين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، فموقفه قد بني على أساس أن المعتوه كشخص يمكن أن يكون مميزا وممكن أن يكون غير مميز، لذلك وجب النظر لكل حالة على حده دون إطلاق حكم عام مسبق دون فحص كل حالة على حده.

الفرع الثالث: السفه والغفلة

قضت محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها بأن "السفه والغفلة بوجه عام يشتركان في معنى واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس، إلا أن الصفة المميزة للسفه هي أنها تعتري الإنسان فتحمله على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع. أما الغفلة فإنها تعتبر صورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية ترد على حسن الإدارة والتقدير"[1].

بالنسبة لموقف القانون المصري من السفه والغفلة، فإن ذو الغفلة والسفيه يحجر عليهما، وينصب لهما قيم، وتكون أهليتهما بعد تسجيل قرار الحجر كأهلية الصبي المميز، مع استثناء الوقف والوصية فهذان التصرفان إذا صدرا من السفيه أو ذي الغفلة وأذنته المحكمة فيهما يكونان صحيحين[2]. وبهذا الخصوص تنص المادة (1/116) مدني مصري على أنه "يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو الوصية صحيحا متى أذنته المحكمة في ذلك" كما تنص المادة (2/116) على أن تكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه، المأذون له بتسلم أمواله صحيحة في الحدود التي رسمها القانون".

يقول الدكتور السنهوري في معرض حديثه عن الحجر على السفيه وذي الغفلة أنه "لا يسري الحجر في حق الغير إلا من وقت تسجيل القرار ولكن يقع كثيرا أن السفيه أو ذا الغفلة يتوقع الحجر عليه فيتصرف في ماله متواطئا مع من تصرف له، أو ينتهز الغير هذه الفرصة

---

[1] نقض مدني 7 أبريل سنة 1955م منشور في المرجع السابق، هامش ص105.

[2] المرجع السابق: ص106. الصده، عبد المنعم فرج: المرجع السابق، ص207. مدكور، محمد سلام: المرجع الســـابق، ص89.

فيستصدر منه تصرفات يستغله بها ويبتز أمواله. ففي هاتين الحالتين التواطؤ والاستغلال يكون التصرف باطلا إذا كان من أعمال التبرع، وقابلا للإبطال إذا كان من أعمال التصرف أو أعمال الإدارة"[1].

في القانون المدني الأردني فإن السفيه وذا الغفلة لا يحجر عليهما لذاتيهما، وإنما بقرار من المحكمة، ولا يرتفع عنهما الحجر إلا بقرار من المحكمة أيضا، وهذا ما نصت عليه المادة (2/127). وهنا تقول محكمة التمييز أنه "يجب أن يبلغ قرار الحجر للمحجور عليه وأن يعلن للناس سببه"[2].

وتكون تصرفات كل من السفيه وذي الغفلة بعد الحجر كتصرفات الصغير المميز، وهذا هو حكم المادة (1/129) من القانون المدني الأردني. وأما تصرفات أي منهما قبل الحجر عليه فتكون بموجب المادة (3/127) نافذة، أو بموجب المادة (2/129) معتبرة[3]. وأعتقد أن تصرفاتهما في هذه الفترة تكون صحيحة نافذة، إلا إذا كانت نتيجة تواطؤ أو استغلال فيكون حكمها عندئذ البطلان.

ما انتهيت إليه بعد دراسة أسباب انعدام التمييز في الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية من ناحية وفي القوانين المدنية الوضعية من ناحية أخرى أنه لا خلاف فيما بينهم في اعتبار الصغر والجنون والعته والسفه أسباباً ينعدم فيها التمييز وتستوجب الحجر. إلا أنني أجد أن الفقه الإسلامي يزيد في عوارض الأهلية عما ورد في القوانين المدنية حالات الإغماء، والنوم، والرق، والسكر، على اعتبار أن القوانين المدنية نظمت حالات مرض الموت والدين المستغرق وإن كان ذلك تحت مسميات غير عوارض الأهلية.

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق أحمد: المرجع السابق، ص107.

[2] قرار محكمة التمييز الأردنية تمييز حقوق رقم 88/960 منشور في مجلة نقابة المحامين، السنة الثامنة والثلاثون، العدد الثامن والتاسع لسنة 1990، ص1823.

[3] دواس، أمين: القانون المدني مصادر الالتزام **(المصادرة الإرادية العقد والإرداة المنفردة)**، ط1، رام الله، دار الشروق للنشر والتوزيع، 2004، ص40. الفضل، منذر: **النظرية العامة للالتزامات (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية)**، ج1، مصادر الالتزام، ط3، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995، ص164. الفار، عبد القادر: **مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني)**، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص67.

بالنظر إلى هذه العوارض الزائدة في فقه الشريعة عن القانون، يمكن استخراج موضوع الرق جانبا حيث لم يعد له وجود قانوني نسبيا، حتى يصار للنظر فيه إن كان يصلح لاعتباره عارض أهلية أم لا[1]. أما الإغماء والنوم فلا يتصور الحديث عن تصرفات قانونية خلال وجود الشخص في أي منهما، وفقه الشريعة الإسلامية يعتبرهما عوارض أهلية باعتبار الأهلية مناط التكليف في سائر الأمور التي يكلف بها الشخص بموجب الأحكام الشرعية (عبادات ومعاملات) وعليه يمكن الحديث عنهما كعوارض أهلية بالنسبة للصلاة أو العبادات.

وعليه فإنني سأعمد إلى اختيار السكر باعتباره عارض أهلية لدى فقه الشريعة الإسلامية بمعنى عارض على القدرات العقلية يؤثر في أهلية الأداء، وبهذا اعتبره عارضا تزيد فيه الشريعة الإسلامية على القانون المدني، أما حالة الإغماء التي ذكرت وإن كان لا يتصور وقوع تصرف من مغمى عليه إلا أن هذه الحالة ذكرت لدى الفقه الإسلامي كعارض بالنسبة إلى التكاليف الشرعية.

ولنفرض أن شخصا دست له مادة مسكرة في شراب أو طعام ثم ابرم عقدا وهو تحت تأثير السكر وثبت أنه سكران في تلك اللحظة فلماذا لا يقال عن هذا بأنه عارض أهلية يعدم أهلية الأداء. ألا يعتبر ذلك قصور في تنظيم القوانين المدنية لعوارض الإرادة عندما يكون هناك شخص منعدم التمييز لأسباب ليس لإرادته فيها دور ومع ذلك نقر بصحة تعاقداته لأنه ليس مجنونا أو معتوها.

والغريب أن السكر ليس جديدا على القانون بالنسبة لترتيب آثار قانونية عليه، وخصوصا في إطار المسؤولية في القانون الجنائي، فالقانون الجنائي يعتبر السكر مانعا من المسؤولية إذا نتج السكر عن سبب طارئ أو قوة قاهرة وأدى إلى فقد الوعي أو الإرادة في

---

[1] في حين تشير العديد من الدراسات إلى أن الرق لازال قائما في العديد من الدول وبأشكال مختلفة، لمزيد من المعلومات حول موضوع الرق يمكن زيارة الموقع الالكتروني لمكتب مراقبة الاتجار بالبشر ومكافحته http://usinfo.state.gov/journals/itps/0207/ijpa/tip.htm، نظر هذا الموقع بتاريخ 2006/10/14 الواقع يوم السبت الساعة 8:00 مساء.

لحظة معاصرة لارتكاب الفعل الجرمي[1]. فلماذا إذن لا يتم التوقف عند هذه الحالة من قبل المشرع المدني طالما اعتبرها الفقه الإسلامي عارضا من عوارض الأهلية وطالما اعتبرها القانون الجنائي مانعا من موانع المسؤولية الجنائية.

وماذا عن الأمراض العقلية الأخرى مثل انفصام الشخصية والهلوسة وغيرها، ألا تعتبر هذه الأمراض كلها أو بعضها معدمة للتمييز أو على الأقل مفسدة لتدبير الشخص مع أنها ليست جنونا ولا عتها ولا سفها ولا غفلة.

ألا يمكن بعد كل هذا الجزم بأن نظام عوارض الأهلية في القوانين المدنية مشوب بالقصور، وأن هناك حالات ينعدم فيها التمييز أو يفسد فيها التدبير دون أن يكون نظام عوارض الأهلية بقادر على تغطيتها، ألا يعتبر تصرف السكران الذي لم يكن له دور في سكره غير عادل بالنسبة له أو لخلفه حتى يمكن القول بأن السكر عارض أهلية يجب الاعتداد به.

إن كل هذا يجعلني أدعو مرة أخرى لصياغة معيار موضوعي قانوني آخر تأخذ به القوانين المدنية الوضعية بالنسبة لحالات انعدام التمييز، بمعنى أن لا ينص بشكل قاطع ومحدد على صغر السن والعته والجنون كأسباب لانعدام التمييز في نصوص القوانين الوضعية، وأن يصار إلى تعديل النصوص لتصبح كالتالي مثلا "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا التمييز لصغر السن أو أي عارض يؤدي إلى فقد التمييز بعد بلوغ سن الرشد، وفي كل الأحوال لا يعتد بأي عارض يعدم التمييز أو يفسد التدبير إذا كان الشخص سيء النية وقصد الوصول بنفسه إلى حالة انعدام التمييز أو فساد التدبير". وبذلك تمنح للقاضي وبمساعدة أهل الاختصاص سلطة تقديرية واسعة في تقريره للحالات التي ينعدم فيها التمييز.

---

[1] محمود مصطفى، محمود: **شرح قانون العقوبات القسم العام**، ط9، القاهرة، دار النهضة العربية، 1974، ص504.

الفصل الثاني

مدى مسؤولية عديم التمييز

في القانون المدني المصري

الفصل الثاني

مدى مسؤولية عديم التمييز في القانون المدني المصري

يعتبر موضوع مسؤولية عديم التمييز من أكثر موضوعات المسـؤولية المدنيـة إثـارة للخلاف الفقهي والقانوني، حيث جاءت القوانين المدنية الوضعية بمذاهب شتى في طبيعـة هـذه المسؤولية، فذهبت بعض القوانين إلى القول بمسؤولية عديم التمييز، وأخرى نفـت المسـؤولية عنه، وما بينهما اتخذت بعض القوانين موقفا وسطا، ويرجع هذا الخلاف بالدرجة الأولـى إلـى الأساس الذي اتخذته القوانين المدنية لإقامة المسؤولية عن الفعل الضار، حيث تنازعـت بهـذا الخصوص نظريتان هما النظرية الشخصية والنظرية الموضـوعية، ولكـل نظريـة أنصـار وتشريعات داعمة ومطبقة لها.

القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 جاء ليتخذ مـن النظريـة الشخصـية أساسا تنطلق منه أحكامه بشأن مسؤولية عديم التمييز، متأثرا في ذلك بالقانون المدني الفرنسي، وليكون مع بعض التشريعات المدنية العربية المتأثرة بالقانون المدني الفرنسي اتجاهـا قانونيـا عرف باسم (القوانين ذات الاتجاه اللاتيني).

حتى أقف على أحكام مسؤولية عديم التمييز في القـانون المـدني المصـري، وجـب التعرض للقاعدة التشريعية التي صاغ بها القانون المدني المصري أحكام مسؤولية عديم التمييز، ومن ثم التعرض للأساس القانوني الفقهي والنظري لمسؤولية عديم التمييز، ودراسة النظريـات المختلفة التي تنازع الفقهاء فيما بينهم لإعمال احـدهن دون الأخـرى كأسـاس قـانوني لهـذه المسؤولية، وهذا يتطلب قبل ذلك دراسة الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز فـي القـانون المدني الفرنسي وما عليه هذه المسؤولية وكيف تطورت، باعتبار أن القانون المدني المصري قد تأثر بالقانون المدني الفرنسي.

من هذا المنطلق ارتأيت أن اقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول موقف القانون المدني المصري من مسؤولية عديم التمييز.

المبحث الثاني: الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز في القانون المدني المصري.

المبحث الأول

موقف القانون المدني المصري من مسؤولية عديم التمييز

يلاحظ أن المشرع المصري يأخذ - كقاعدة عامة بفكرة الخطأ بعنصريها المادي والمعنوي عند تقرير المسؤولية عن الأفعال الشخصية. ومن ثم فإنه يستلزم لتحقق هذه المسؤولية انحرافا في السلوك مع توافر الإدراك أو التمييز لدى مرتكب الفعل الضار إلى جانب الشروط الأخرى من تحقق الضرر وتوافر علاقة السببية.

هذا الوضع لم يختلف كثيرا في ظل القانون المدني القديم عنه في ظل القانون المدني المصري الحالي ومن حيث المبدأ إلا أنه من ناحية أخرى، قد تأثر بالتشريعات الحديثة في شأن الأخذ بمسؤولية عديم التمييز عن أفعاله الضارة. فأخذ بهذه المسؤولية كاستثناء أورده على القاعدة العامة في الفقرة الثانية من المادة (164) من القانون المدني المصري الحالي.

سأعرض في المطالب التالية للقاعدة العامة في عدم مسؤولية عديم التمييز في ظل القانون المدني المصري القديم وفي ظل القانون المدني المصري الحالي، وما يرد من استثناء في ظل هذا القانون الأخير.

المطلب الأو : موقف القانون المدني القديم

كانت المادة (212) من القانون المدني المصري المختلط تنص على أنه "كل فعل مخالف للقانون يوجب ملزوميه فاعله بتعويض الضرر الناشئ عنه، ما لم يكن الفاعل غير مدرك لأفعاله، سواء لعدم تمييزه بالنسبة لسنه أو لأي سبب آخر".

كما هو واضح من النص نلاحظ أن المشرع في القانون المدني القديم كان يستلزم التمييز في الشخص، حتى يمكن مساءلته عن أفعاله الضارة بالغير. وهذا إذا كان في مكان المسؤول، أما إذا كان في مكان المضرور ونسب إليه إهمال ساعد على وقوع الضرر، فإن بعض أحكام القضاء المصري قد اعتدت به، باعتباره خطأ قد وقع من عديم التمييز يستوجب تخفيف المسؤولية وفقا لقواعد الخطأ المشترك. وقد قضت محكمة الاستئناف المصرية المختلطة

بأنه " إذا تبين أن هناك خطأ مشترك من سائق السيارة وهو يسير بسرعة ومن جهـــة الشـــمال، ومن المضرور وهو طفل صغير سنه ست سنوات، وقد تركه أبوه في الشارع فدهمته الســـيارة. فإن مسؤولية السائق ومخدومته (الشخص أو الشركة التي يعمل لديها) تنزل إلى النصف باعتبار أن هناك خطأ مشتركاً من السائق ومن والد الطفل الذي ترك طفله في الشارع"[1].

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المصرية المختلطة في قرار آخر بأنه "إذا تبـــين أن حادثة ما ترجع إلى خطأ مشترك بين سائق الترام والمصاب، وكان المصاب المنسوب إليـــه الخطأ صبيا، غير مميز، فإن شركة الترام وسائقها يسألان متضامين قبل المصاب عن التعويض كاملا. ولا يخفف من مسؤوليتهما ما هو منسوب للصغير من خطأ، لأن الخطأ لا تصح نســـبته له. وللشركة إذا شاءت أن ترجع على والد الصغير بسبب تقصيره في رعاية ابنه"[2].

ويرى الدكتور السنهوري تعليقا على هذا الحكم أن "عمل الطفل إذا لم يعتبر خطأ فهـــو على أي حال عمل مادي تجب مراعاته عند تقدير خطأ المسؤول"[3].

كما أشار الدكتور السنهوري هنا إلى الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف المختلطة في 15 ديسمبر 1948م، والذي أشرت إليه قبل قليل.

ويعلق المستشار حسن عكوش على رأي الدكتور السنهوري في القرار الســـابق بقولـــه "نحن نؤيد رأي الدكتور السنهوري في هذا الموضوع ونـــرى أن تنويـــه محكمـــة الاســـتئناف المختلطة إلى الخطأ المشترك بين السائق وبين والد الطفل الذي ترك طفله إنما تؤســـس خطـــأ

---

[1] قرار محكمة الاستئناف المصرية المختلطة في 15 ديسمبر 1948م منشور في بحث الدكتور أبو زيـــد عبـــد البـــاقي مصطفى بعنوان: **مدى مسؤولية عديم التمييز في القانون المقارن**، بحث مقارن في القانون الفرنسي والقانون الكـــويتي، القسم الثاني، منشور في مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت، العدد 4 السنة السادسة، الكويـــت، 1982 هامش ص81.

[2] قرار محكمة الاستئناف المصرية المختلطة في 24 مايو 1922م منشور في كتاب حسن عكوش بعنـــوان: **المســـؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد**، الطبعة الثانية، القاهرة، دار الفكر الحـــديث للطباعـــة والنشـــر، 1970 ص52.

[3] السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام**، ج1، مصـــادر الالتـــزام، بيروت، دار إحياء التراث، بدون سنة نشر، هامش ص803.

الوالد على أساس إهماله من هو تحت رقابته وفي رعايته وهو خطأ يفترض بمجرد تركه ابنه غير المميز يهيم على وجهه في الطرقات أما أن ننزل بمسؤولية السائق ومخدومته إلى النصف فمسألة محل نظر في هذه القضية بالذات إذ خطأ السائق يفوق بكثير خطأ والد المجني عليه. وقد عامل قانون العقوبات الطفل الحديث السن الذي لم يبلغ من العمر سبع سنوات كاملة معاملة خاصة إذ يعتبر أنه غير قادر على ارتكاب الجريمة فأعفاه من العقاب ومأخوذ بهذا النص أيضا في القانون الانجليزي والهندي وفي ايطاليا حدد السن بتسع سنوات وفي فرنسا صدر قانون في 22 يوليه سنة 1912م وحدد السن بثلاث عشرة سنة"[1].

ليس المقصود بالخطأ المشترك خطأ واحداً اشترك فيه الفاعل والمضرور، وإنما المقصود وقوع ضرر واحد اشترك الطرفان (الفاعل والمضرور) في إحداثه، كل منهما بخطئه. وفي هذه الحالة يعتبر وفق نظرية تعادل الأسباب خطأ كل من الفاعل والمضرور سببا في حدوث الضرر بأكمله، وتوزع المسؤولية بينهما كما توزع في حالة تعدد الفاعلين عند رجوع أحدهم على الآخرين. والقانون يخول القاضي سلطة تعيين نصيب كل من الفاعلين في المسؤولية وأن القاضي يصح أن يراعي في ذلك جسامة الخطأ الذي وقع من كل منهم، وأنه إذا لم يقم القاضي بذلك وزعت المسؤولية بالتساوي. وتكون نتيجة التوزيع في هذه الحالة إسقاط بعض التعويض على الفاعل وقصر حق المضرور على البعض الآخر[2].

بناء على ذلك فإنني أجد مغالاة قد أصابت قراري محكمة الاستئناف المختلطة السابقين، حيث أجد في القرار الأول الصادر في 15 ديسمبر 1948م، أن خطأ السائق يفوق بكثير خطأ والد الطفل الصغير المجني عليه، ومن هذا المنطلق لا يصح أن ينزل القاضي بمسؤولية السائق ومخدومته إلى النصف، إذ أنه من غير المتصور أن يساوى بين خطأ السائق الجسيم بدهسه للطفل الصغير وبين إهمال والده.

---

[1] عكوش، حسن: المرجع السابق، ص52 وما بعدها.

[2] مرقس، سليمان: **شرح القانون المدني في الالتزامات**، الجزء الثاني، القاهرة، المطبعة العالمية، 1964، ص377.

أما في القرار الثاني الصادر في 24 مايو 1922م، أجد أن القاضي قـد نسـب الخطـأ بأكمله إلى شركة الترام وسائقها ولم ينسب أي خطأ إلى والد الصغير بسبب تقصيره أو إهماله. وهنا أصل إلى أن القضاء المصري قد بدا متخبطا ولم يؤسس لأي مبدأ قانوني مسـتقر يمكـن الأخذ به في حالة إذا ما كان المضرور من عديمي التمييز وكان قد وقع منه خطـأ يسـتوجب تخفيف المسؤولية وفقا لقواعد الخطأ المشترك.

من ناحية أخرى، فإنه ومتى كان مرتكب الفعل الضار غير مميز فلا يمكـن مسـاءلته، وإن كان يجوز الرجوع على الغير المسؤول عن أفعاله الضارة، إما باعتبـاره متبوعـا، وإمـا باعتباره متوليا للرقابة[1].

بالرغم من أن القاعدة العامة تقرر عدم المسؤولية على النحو السابق، إلا أن تطبيقها كان يستلزم أن يكون انعدام التمييز لحظة ارتكاب الفعل الضار تاما. وعلى ذلـك فلـو أن مجنونـا ارتكب فعلا ضارا في لحظة الإفاقة لترتبت مسؤولية. كما أن فقد الإدراك لا ينفـي مسـؤولية مرتكب الفعل الضار، متى كان نتيجة خطأه، كما لو كان قد تناول مسكرا أو مخدرا بإرادته[2].

يضاف إلى ما سبق، أن بعض أحكام القضاء المصري قد اتجهت إلى تقرير مسـؤولية عديم التمييز باعتباره متبوعا يسأل عن أفعال تابعه الضارة، وهنـا قـررت محكمـة الـنقض المصرية في حكم جنائي لها التالي "حيث أن المادة (152) من (القانون المدني القديم)، إذ نصت بصفة مطلقة على أنه يلزم السيد بتعويض الضرر الناشئ للغير عن أفعال خدمته متى كان واقعا منهم في حالة تأدية وظائفهم، وقد أفادت أنه لا يجب ثبوت أي تقصير أو إهمـال مـن جانـب المتبوع الذي يلزم بالتعويض، بل يكفي لتطبيقها أن يقع الخطأ المنتج للضرر من التـابع أثنـاء تأدية وظيفته، فتصح إذن مساءلة القاصر بناء عليها عن تعويض الضرر الذي ينشأ من أعمـال خدمه الذين عينهم له وليه، أو وصيه، أثناء تأدية أعمالهم لديه، ولا يحق للمسائل في هذه الحالة

---

[1] البرعي، صلاح حسن: **أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن الأفعال الشخصية (دراسة مقارنة في القانون الوضـعي والفقه الإسلامي)**، المنصورة، دار الفكر والقانون، 1996، ص558.

[2] المرجع السابق: ص510.

أن يرد على ذلك بأنه هو بسبب عدم تمييزه لصغر سنه لا يمكن أن يتصور أي خطا في حقه، إذ المسؤولية هنا ليست عن فعل وقع من القاصر فيكون للإدراك والتمييز حساب، وإنما عن فعل وقع من خادمه إثناء تأدية أعماله في خدمته"[1].

إذا ما وقفنا عند تعليل محكمة النقض للقرار السابق فنجد أنه ومن الناحية القانونية البحتة قد جاء في محله، حيث أن مساءلة القاصر في هذا القرار لم تكن لخطأ ارتكبه هو بشخصه، وإنما تطبيقا لقواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون المدني، وما تشترطه هذه القاعدة من وقوع خطأ من التابع أثناء تأديته لوظيفته أو بسببها. وبالتالي لم تُعمل المحكمة القاعدة الواردة في المادة (212) من القانون المدني المصري القديم كون المسألة هي تطبيق لقاعدة مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه. ولكن التساؤل الذي يطرح نفسه ألم يكن من الأولى الحكم بعدم مسؤولية عديم التمييز إذا ما كان متبوعا طالما أن المادة (212) قررت عدم مسؤوليته بشكل مطلق؟. ثم أن ما نصت عليه المادة (212) من عدم تقرير لمسؤولية عديم التمييز قد يحدث تناقضا في حالات كهذه يكون فيها عديم التمييز متبوعا مثلا.

هكذا اخلص إلى أن القاعدة العامة في ظل القانون المدني المصري القديم كانت تقرر عدم مسؤولية عديم التمييز في الإطار الذي عرضته.

المطلب الثاني: موقف القانون المدني الجديد

تنص المادة (164) من القانون المدني المصري الجديد على أنه:

"1. يكون الشخص مسؤولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز.

2. مع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جار للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيا في ذلك مركز الخصوم".

---

[1] نقض جنائي 25 مايو 1942م منشور في بحث الدكتور أبو زيد عبد الباقي مصطفى السابق، هامش ص82.

وقد ورد هذا النص في المشروع التمهيدي للقانون المدني في المادة (231) وكانت تجري على النحو التالي:

"1. يكون الشخص مسؤولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز حتى لو لم يكن أهلا للتعاقد.

2. إذا وقع الضرر من شخص غير مميز وتعذر رجوع المصاب بالتعويض على من نيطت به الرقابة على هذا الشخص جار للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا في ذلك مركز الخصوم.

3. إذا أحدث شخص ضررا في وقت فقد فيه التمييز التزم بتعويض الضرر ما لم يثبت أنه فقد التمييز بغير خطأ منه.

وقد ورد في مذكرة المشروع التمهيدي بخصوص هذا النص ما يلي:

1. جعل التمييز مناطا للأهلية في المسؤولية التقصيرية، فمتى كان الشخص قادرا على تمييز الخير من الشر وجبت مساءلته عن خطئه. فمرجع الأمر في هذا الشأن فكرة ذاتية أو شخصية يناط بها الحكم، ولو وقع العمل الضار بعد فقد التمييز بصورة موقوتة متى كان هذا الفعل راجعا إلى خطأ الفاعل ويتعين على محدث الضرر إزاء ذلك أن يقيم الدليل على أن زوال التمييز طرأ عليه بغير خطأ منه إذا أراد أن يدفع المسؤولية عن نفسه فالخطأ يفترض في هذه الحالة، والضرر لا يأتي إلا في المرتبة الثانية من حيث تسلسل النتائج ووصل رباط السببية بها إذ هو ينجم عن فقد التمييز وهذا بدوره يترتب على الخطأ. وقد أورد التقنينان التونسي والمراكشي تطبيقا لهذا الحكم فنصا في المادة 93/102 على أن (حالة السكر لا ترفع المسؤولية المدنية في الالتزامات الناشئة عن الجنح وأشباهها، متى كانت هذه الحالة اختيارية وترفع المسؤولية المدنية إطلاقا إذا كان السكر غير اختياري، ويقع عبء الإثبات على عاتق المدعي).

2. ويختلف عن ذلك حكم زوال التمييز بغير خطا ممن أحدث الضرر إذ تستبدل بتلك الفكرة الذاتية فكرة موضوعية أو مادية وإذا كانت المسؤولية تظل قائمة في هذا الفرض فهي مسؤولية مخففة. وعلى هذا النحو تستأثر المسؤولية الموضوعية أو المادية بالصدارة على المسؤولية الشخصية أو الذاتية دون أن تحل محلها على وجه كامل فلا تترتب مسؤولية من زال عنه التمييز إلا بتوافر شرطين: أولهما أن يتعذر على المصاب الرجوع بالتعويض على من نيطت به الرقابة على من أحدث الضرر، إما لعدم إقامة الدليل على مسؤوليته وإما لإعساره. والثاني أن يسمح مركز الخصوم للقاضي بأن يقرر للمضرور تعويضا عادلا. فيجوز رفض الحكم بالتعويض إذن، إذا لم يكن غير المميز قادرا على أدائه ويجوز عند الاقتدار إنقاص التعويض عدالة حتى يكون في حدود سعته. ويراعى في ذلك كله مركز المضرور نفسه من الناحية المادية، وجسامة الخطأ ومدى الضرر وقد نوقش نص المادة (231) في لجنة المراجعة حيث اقترحت تعديلات لفظية. كما اقترح أيضا تعديل عبارة تعذر الرجوع على المسؤول (بعبارة) تعذر الحصول على تعويض من المسؤول حتى يتبين بوضوح أن التعذر ينصب على جواز الرجوع قانونا وعلى إمكان الحصول على التعويض فعلا. كما نوقشت الفقرة الأخيرة من النص ورؤي بعد المناقشة حذفها لعدم الحاجة إليها إذ يستفاد حكمها من تطبيق القواعد العامة.

أصبح نص المادة بعد هذه التعديلات يجري على النحو التالي:

أ- يكون الشخص مسؤولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز ولو لم يكن أهلا للالتزام بالعقد.

ب- ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولو لم يكن هناك من هو مسؤول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا في ذلك مركز الخصوم. وأصبح رقم المادة (168) في المشروع النهائي ووافق مجلس النواب عليها.

في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذف من الفقرة الأولى عبارة ولو لم يكن أهلا للالتزام بالعقد لأنها تزيد لا تقتضيه الضرورة. ووافقت اللجنة على الفقرة الثانية ولو أن حكمها مخالف للقواعد المعمول بها وإنما تقتضي به العدالة وله سند من الشريعة الإسلامية. إذ تنص المادة (916) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "إذا أتلف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حين الميسرة ولا يضمن وليه". وقد اعترض في اللجنة على التعبير (بتعويض عادل) وقد رد الدكتور السنهوري على هذا الاعتراض بأن مبدأ مسؤولية الصبي غير المميز مأخوذ من الشريعة الإسلامية وهو في الواقع مبدأ جديد على القانون المدني. والتعويض العادل أريد به أن يكون أقل من التعويض العادي وأن تراعى فيه اعتبارات قد لا تراعى في التعويض العادي. فوافقت اللجنة على إبقاء التعبير كما هو، وأصبح رقم المادة (164). ثم وافق مجلس الشيوخ عليها كما أقرتها لجنته"[1].

يبدو واضحا أن نص المادة (164) يضع في فقرته الأولى القاعدة العامة في عدم مسؤولية عديم التمييز، ثم يورد عليها استثناء يأخذ فيه بمسؤوليته في حدود وبشروط معينة.

الفرع الأول: القاعدة العامة في عدم مسؤولية عديم التمييز

تستلزم الفقرة الأولى من نص المادة (164) ضرورة توافر التمييز لدى مرتكب الفعل الضار حتى يمكن مساءلته، وإلزامه بدفع التعويض للمضرور.

ومن ثم تقضي القاعدة العامة بعدم تحقق مسؤولية الصغير غير المميز، والمجنون والمعتوه عما يرتكبونه من أفعال ضارة بالغير. والعبرة بتوافر التمييز، أو عدم توافره لحظة ارتكاب الفعل الضار، ولا أهمية لتسجيل قرار الحجر على المجنون، أو المعتوه، لأن أهميته لا تظهر إلا بالنسبة للتصرفات القانونية[2].

---

[1] **مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، الالتزامات مصادر الالتزام (من المادة 89 إلى المادة 264)، صادرة عن وزارة العدل المصرية**، من ص356 إلى ص361.

[2] الصده، عبد المنعم فرج: المرجع السابق، ص205.

لا يشترط أن يكون انعدام التمييز مستمرا، وإنما يكفي أن يكون عارضا، للقول بانتفاء المسؤولية. فينعدم التمييز ومن ثم تنفي المسؤولية لأي سبب عارض كتناول مسكر، أو تعاطي مخدر، أو الوقوع تحت تأثير تنويم مغناطيسي، أو الإصابة بالصرع أو المرض باليقظة النومية[1].

ولكن يجب من ناحية أخرى، ألا يكون انعدام التمييز العارض راجع إلى خطأ من جانب الشخص ذاته. فمن يتعاطى مسكرا، أو يتناول مخدرا دون اضطرار وإكراه، لا تنتفي مسؤوليته عما يرتكبه من أفعال ضارة، برغم انعدام تمييزه أثناء ذلك[2]. ويقع على عاتق عديم التمييز بسبب عارض، عبء إثبات أن وجوده في هذه الحالة، كان قائما لحظة وقوع الفعل الضار[3].

يرى الدكتور السنهوري أن هذه القاعدة العامة تجد أساسها في ضرورة توافر التمييز نظرا لأن عديم التمييز لا يمكن أن ينسب إليه خطأ ما. فللخطأ ركنان مادي وهو ركن التعدي، ومعنوي وهو ركن الإدراك، ويقول الدكتور السنهوري في ذلك "والشخص الذي لا يدرك ما يصدر عنه من عمل لا تجوز مساءلته لا أدبيا ولا جنائيا ولا مدنيا، ما دامت المسؤولية تقوم على الخطأ، وتربط الخطأ بالتمييز، فتشيع في المسؤولية عاملا أدبيا لا يجوز الاستغناء عنه. إذ هو عنصر ذاتي يخفف من حدة العنصر الموضوعي الذي يهيمن على مقياس الشخص المجرد"[4].

ثم يضيف في موضع آخر "حتى لو قيل أن الخطأ ليس له إلا ركن واحد هو ركن التعدي فإن المقياس المجرد لهذا الركن لا يسعف في نظرنا القائلين بمسؤولية عديم التمييز فقد قدمنا أنه لا يصح اعتبار ظرف عام تشترك فيه طائفة من الناس ظرفا داخليا خاصا بكل فرد من أفراد هذه الطائفة. عند تقدير ما يصدر عادة من هذه الطائفة من أعمال، فالصبية والنساء

---

(1) عبد الباقي مصطفى، أبو زيد: المرجع السابق، ص85.

(2) عكوش، حسن: المرجع السابق، ص56.

(3) مرقس، سليمان: **نظرية العقد والفعل الضار**، القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، 1956، ص59.

(4) السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام**، ج1، **مصادر الالتزام** بيروت، دار إحياء التراث، دون سنة نشر، ص905.

والريفيون مقياسهم المجرد، في الأعمال التي تصدر منهم في العادة، لا يتجرد من عوامل السن والجنس والحالة الاجتماعية... كذلك عديمو التمييز هم أيضا طائفة من الناس تشترك في مميز عام هو انعدام التمييز، فلا يجوز أن يتجرد مقياسهم من هذا المميز في تقدير الأعمال التي تصدر منهم في العادة"[1].

الفرع الثاني: الأخذ بمسؤولية عديم التمييز على سبيل الاستثناء

إذا كان الأصل في القانون المصري هو انتفاء مسؤولية عديم التمييز على النحو السابق، إلا أن المشرع تأثر بالاتجاهات الحديثة التي أصبحت تأخذ بمبدأ المسؤولية على درجات متفاوتة، فقرر بدوره الأخذ بمسؤولية عديم التمييز على سبيل الاستثناء في محاولة لتحقيق العدالة[2].

تضمن هذا الاستثناء نص الفقرة الثانية من المادة (164) الذي يقرر أنه "ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولو يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا في ذلك مركز الخصوم".

من هذا النص اعتبر الشراح أن لهذه المسؤولية عدة خصائص: فهي مسؤولية استثنائية، واحتياطية، وجوازية، ومخففة[3].

فهي من ناحية، مسؤولية استثنائية وردت على خلاف الأصل الذي قررته الفقرة الأولى من النص. كما أنها من ناحية ثانية، مسؤولية احتياطية، لا يلجا إليها القاضي إلا إذا لم يوجد من

---

[1] المرجع السابق: ص904.

[2] عبد الباقي مصطفى، أبو زيد: المرجع السابق، ص86.

[3] السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام**، ج1، القاهرة، دار النهضة العربية، 1956، ص323. عامر، حسين: **المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية**، ط1، الإسكندرية، مطبعة مصر، 1956، ص205. عكوش، حسن: المرجع السابق، ص58. عامر، حسين: **القوة الملزمة للعقد**، ط1، الإسكندرية، مطبعة مصر، 1949، ص189. مرقس، سليمان: **الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية**، القسم الأول في الأحكام العامة، المجلد الأول، القاهرة، 1988، ص252.

يسأل عن أفعال عديم التمييز، أو وجد وانتفت مسؤوليته، أو تعذر الحصول منه على التعويض لإعساره. كما أنها من ناحية ثالثة، مسؤولية جوازية بمعنى أن للقاضي أن يلجأ إلى الأخذ بها أو لا يلجأ بحسب ما يراه فالأخذ بها يدخل في سلطته التقديرية[1].

وهي في النهاية مسؤولية مخففة. فليس ضروريا أن يحكم القاضي للمضرور بتعويض كامل عما لحقه من ضرر، وإنما يجوز أن يقتصر على الحكم بتعويض يقل عن الضرر إذا رأى أن العدالة تقتضي ذلك. وهو في هذا يراعي حالة عديم التمييز المالية، وكذلك حالة المضرور[2].

فإذا كان عديم التمييز واسع الثراء، والمضرور ليس كذلك، والضرر جسيما. جاز للقاضي أن يحكم بتعويض كامل. أما إذا كان عديم التمييز متوسط الحال، بينما كان المضرور محتاجاً، فيمكن للقاضي أن يحكم بتعويض جزئي آخذا في الاعتبار ترك مورد يكفي لنفقة عديم التمييز، ونفقة من تجب عليه نفقتهم. وقد لا يحكم القاضي بأي تعويض متى تبين له أن عديم التمييز مرتكب الفعل الضار معوزاً، بينما من وقع عليه الضرر ميسور الحال[3].

الفرع الثالث: نطاق المسؤولية الاستثنائية لعديم التمييز

إذا كان نص المادة (2/164) قد قرر الأخذ بمسؤولية عديم التمييز عن أفعاله الضارة استثناء على القاعدة العامة في عدم المسؤولية، بحيث تكون مسؤولية احتياطية، وجوازية، ومخففة. إلا أن النص قد ورد في خصوص المسؤولية عن الفعل الشخصي لعديم التمييز، فإن التساؤل يثور هنا أيضا عن مدى مسؤولية عديم التمييز متى كان متبوعا، أو حارسا للأشياء.

إذا كان التساؤل لا ينصب على مبدأ المسؤولية نفسه، بعد أن استقر الأمر على تقرير مسؤولية عديم التمييز من حيث المبدأ. إلا أنه ينحصر في مدى هذه المسؤولية، وبعبارة أخرى هل يسأل مسؤولية كاملة عن أفعال تابعه الضارة، وكذلك عما يقع من الأشياء التي تحت

---

[1] مرقس، سليمان: المرجع سابق، ص252.

[2] السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوجيز**، ج1، ص323.

[3] المرجع السابق: ص324.

حراسته سواء أكانت أشياء حية، أو غير حية. وفقا للقواعد العامة في المسؤولية عن فعل الغير، وعن الأشياء. أم أن الاستثناء الوارد في نص الفقرة الثانية بخصوص المسؤولية المحدودة يؤخذ به أيضا في نطاق هذين النوعين من أنواع المسؤولية.؟ هذا ما سأعرض له فيما يلي:

أولا: مسؤولية عديم التمييز باعتباره متبوعا

جرى الفقه[1] والقضاء المصري[2] على أن عديم التمييز، وإن كان لا يسأل عن أفعاله الضارة إلا على سبيل الاستثناء. إلا أنه يكون مسؤولا عن أفعال تابعه الضارة، مسؤولية كاملة، لان سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه تتحقق ولو لم يكن المتبوع قادرا عليها حتى من الناحية الإدارية والتنظيمية، إذ يمكن أن يتولاها عنه نائبه القانوني كالولي أو الوصي أو القيم[3].

يستند القضاء في الأخذ بمسؤولية عديم التمييز عن فعل تابعه إلا أنه لا يسأل عن خطأ وقع منه، وإنما يسأل بصفته متبوعا عن خطأ صدر عن تابعه أثناء عمله لحسابه ومصلحته. ومن ثم فلا تثور مسألة مدى إمكان نسبة وقوع خطأ شخصي منه[4].

كما أن الفقه من جانبه يبرر هذا الاتجاه بأنه متى اعتبرنا أن مسؤولية المتبوع هي مسؤولية عن فعل الغير وعلى أي وجه فسرت هذه المسؤولية، وخاصة إذا فسرت بفكرة الضمان، يجعل المتبوع مسؤولا عن فعل تابعه، ولا يستطيع التخلص من هذه المسؤولية، ولو

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط**، ج1، مصادر الالتزام، ص1047. مرقس، سليمان: **شرح القانون المدني في الالتزامات**، ج2، القاهرة، المطبعة العالمية، 1964، ص326. حجازي، عبد الحي: **النظرية العامة للالتزام**، ج1، مصادر الالتزام، 1954، ص527. عبد الرحمن، محمد شريف: **دروس في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات** الجزء الأول، المجلد الثاني، المسؤولية التقصيرية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1991، ص166. منتصر، سهير: **مسؤولية المتبوع عن عمل التابع أساسها ونطاقها**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1990، ص109. حماد، رأفت محمد: **مسؤولية المتبوع عن انحراف (خطأ) تابعه، (دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفقه الإسلامي)** القاهرة: دار النهضة العربية، 1990، ص149 وما بعدها.

[2] نقض جنائي في 10 فبراير 1953، مجموعة أحكام النقض، س4، رقم 196، ص534. كذلك الحكم الصادر في ظل القانون المدني القديم والمذكور في ص55. بالإضافة إلى أحكام أخرى في نفس الاتجاه أشار إليها الدكتور محمد شريف عبد الرحمن في كتابه **مسؤولية عديم التمييز**، الزقازيق، مكتبة نجم القانونية، 2001، ص42.

[3] منتصر، سهير: المرجع السابق، ص33.

[4] حماد، رأفت محمد: المرجع السابق، ص161.

أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذي سبب الضرر، فالتزامه هنا التزام بتحقيق غاية، وهذا الاعتبار هو الذي يجيز استبقاء مسؤولية المتبوع، حتى لو كان غير مميز. إذ أن مسؤولية المتبوع ليس مصدرها الاتفاق حتى يشترط التمييز في المتبوع، بل مصدرها القانون سواء كانت ضمانا أو نيابة أو حلولا[1].

في رأيي أن ما قيل صحيح إذا ما نظرنا إلى مسؤولية عديم التمييز - إذا ما كان متبوعا - من زاوية الشروط القانونية لتحقق مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، إلا أن ذلك قد يحدث تناقضا مع ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (164) بشأن القاعدة العامة في عدم مسؤولية عديم التمييز، وبالتالي كان من الأفضل أن يقوم المشرع بإيراد مسؤولية عديم التمييز - إذا ما كان متبوعا - من ضمن الاستثناءات التي أوردها في الفقرة الثانية من المادة المذكورة، تجنبا لوقوع التناقض في موقف المشرع، بحيث يحسم الأمر بنص قانوني يظهر من خلاله الموقف الواضح للمشرع في هذه المسألة، ولا يصار بالتالي إلى تطبيق قواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه التي قد تتناقض مع ما توخاه المشرع المصري بتقريره عدم الأخذ بمسؤولية عديم التمييز.

ثانيا: مدى مسؤولية عديم التمييز باعتباره حارسا

ينقسم الفقه إلى اتجاهات ثلاثة بخصوص هذه المسألة، يذهب الاتجاه الأول منها وهو اتجاه الجمهور إلى الأخذ بالمسؤولية الكاملة لعديم التمييز عما تحدثه الأشياء الحية التي تحت حراسته من أضرار تلحق بالغير. فيسأل عن الضرر الذي يحدثه الحيوان الذي يكون تحت حراسته، كما يسأل عما يقع من الأشياء الأخرى غير الحية التي تحت حراسته كالبناء، أو الآلات الميكانيكية، أو تلك التي تتطلب حراستها عناية خاصة.

يستند هذا الاتجاه إلى أن أساس مسؤولية حارس الأشياء هو تحمل التبعة. فمتى كان الحارس يفيد من مزايا الشيء، فعليه أن يتحمل ما يترتب على استخدامه من ضرر يلحق الغير. كما أن بعض أنصاره قد أسس هذه المسؤولية على فكرة الضمان.

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق أحمد: المرجع سابق، ص1047 1048.

مؤدى هذا أن عديم التمييز يمكن أن يكون حارسا متى توافرت له السيرة الفعلية على الشيء سواء باشرها بنفسه، أو بواسطة نائبه القانوني كالولي أو الوصي أو القيم[1].

أما الاتجاه الثاني وهو ما يقول به الفقيهان الكبيران السنهوري وعبد الحي حجازي فيذهب إلى ضرورة توافر التمييز في الشخص حتى يمكن أن يكون حارسا. ويستندان في ذلك إلى أن أساس مسؤولية حارس الأشياء هو الخطأ (بركنيه المادي والمعنوي)، وعديم التمييز لا يتصور الخطأ في جانبه[2].

أخيرا يتحدث اتجاه ثالث موقفا وسطا بين الاتجاهين السابقين. فهو وإن كان لا يسلم بالمسؤولية الكاملة لعديم التمييز كحارس للأشياء تأسيسا على أنه لا يجد هذه المسؤولية تقوم على تحمل التبعة، إلا أنه من ناحية أخرى لا يتجه إلى الأخذ بانتفاء مسؤولية عديم التمييز تماما، ونفي صفة الحارس عنه. وإنما يذهب إلى أن نص المادة (2/164) الذي قرر مسؤولية عديم التمييز استثناء عن أفعاله الشخصية، يمكن أن يؤخذ به أيضا في نطاق مسؤوليته كحارس للأشياء. ولا يجوز أن يقال أن هذا النص قد ورد في التقنين المدني في الفصل الخاص بالمسؤولية عن الفعل الشخصي، لأن ما ورد في هذا الفصل من نصوص يمثل القواعد العامة في المسؤولية. ومن ثم فهي كما تطبق على المسؤولية عن الفعل الشخصي، تطبق كذلك في نطاق المسؤولية عن فعل الغير وعن الأشياء، فيما لا يتعارض فيه مع النصوص الخاصة الواردة في شأن هذه الأنواع من المسؤولية[3].

ينتهي هذا الاتجاه الأخير إلى أن مسؤولية عديم التمييز كحارس يتكون مسؤولية عن خطأ شخصي هو خطأ في الحراسة، بحيث تترتب هذه المسؤولية عندما يتدخل الشيء تدخلا

---

[1] مرقس، سليمان: **شرح القانون المدني في الالتزامات**، ج2، القاهرة، المطبعة العالمية، 1964، ص421. سلطان، أنور: **النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول (مصادر الالتزام)**، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1965 ص465. منتصر، سهير: المرجع السابق، ص160.

[2] السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوجيز**، ج1، ص454. حجازي، عبد الحي: المرجع السابق، ص540، ص545.

[3] عبد الرحمن، أحمد شوقي: **بحث بعنوان "مسؤولية المتبوع باعتباره حارسا"**، منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق في جامعة المنصورة، العدد الأول، 1986، ص63. بالإضافة إلى حكم نقض مدني مصري في 5 نوفمبر 1964، مجموعة النقض المدنية، س15، عدد3، رقم 150، ص1007.

ايجابيا في إحداث الضرر. ولم يكن هناك من يسأل عن عديم التمييز أو تعذر الحصول على تعويض منه[1].

يقول الدكتور أبو زيد مصطفى في ذلك "أن الاتجاه الأول هو الأولى بالتأييد، فيجب أن تتقرر المسؤولية الكاملة لعديم التمييز كحارس للأشياء الحية منها وغير الحية، أيا كانت الوسيلة الفنية لتأسيس هذه المسؤولية. فسواء كانت فكرة تحمل التبعة، كما يذهب إلى ذلك جمهور الفقه المصري، أو أخذنا بفكرة الضمان التي قال بها البعض. أو أخذنا بفكرة الخطأ بمفهومه الموضوعي التي قال بها في فرنسا (مازوتنك). والأخذ بهذا الاتجاه هو الذي يحقق مصلحة المضرور التي أصبحت هدفا تسعى إليه أغلب التشريعات الحديثة"[2].

قبل الانتقال إلى مسؤولية الشخص المعنوي، تجدر الإشارة إلى بعض المآخذ بخصوص نص المادة (164)، فمحكمة الاستئناف قررت أن "أهم ما يراعيه القاضي في تقدير التعويض هو مركز الخصوم من الغنى أو الفقر، فهو يقضي بتعويض كامل، أو ببعض التعويض، وقد لا يقضي بتعويض، لأن الحكم بالتعويض جوازي، ولا عبرة بجسامة ما صدر من عديم التمييز من عمل، فهو فاقد الإدراك، ويستوي أن يصدر عنه العمل الجسيم وغير الجسيم"[3].

هنا يرى الدكتور محمد عبد الرحمن أن الأدق أن يقال بأن يلتزم عديم التمييز بتعويض الضرر الذي يسببه للغير من جراء فعله إذا توافرت الشروط المذكورة في نص المادة (2/164)، ولا يقال أنه مسؤول عن فعله. بل هو يلتزم بتعويض الضرر الذي سببه للغير التزاما قانونيا مستقلا عن أية مسؤولية، ولم تنص الفقرة الثانية من المادة (164) على مسؤولية عديم التمييز، بل تضمنت فقط إلزامه بتعويض الأضرار المتسببة منه في ظل شروط خاصة. وأن القانون المدني الفرنسي، وكذلك القانون المدني العراقي نص على مسؤولية عديم التمييز بصفة

---

[1] عبد الرحمن، أحمد شوقي: المرجع السابق، ص63.

[2] عبد الباقي مصطفى، أبو زيد: المرجع السابق، ص91.

[3] محكمة استئناف طنطا 16 يناير 1962، منشور في موقع قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية التابع لوزارة العدل المصرية والممول من قبل برنامج إدارة الحكم في الدول العربية التابع لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي **(UNDP)** http://www.arablegalportal.org، نظر هذا الموقع بتاريخ 2007/7/6 الواقع يوم الجمعة الساعة العاشرة صباحا.

أصلية، وليس بصفة استثنائية، وذلك على العكس من القانون المدني المصري الذي نص على مسؤولية عديم التمييز في حالات خاصة، أو في حالة توافر شروط خاصة، والذي يراه الدكتور محمد عبد الرحمن أن موقف القانون المدني الفرنسي وكذلك القانون المدني العراقي هو الراجح في هذا الشأن[1].

أرى هنا ضرورة تعديل نص المادة (164)، بحيث يتضمن هذا التعديل، تقرير المسؤولية الكاملة لعديم التمييز عن أفعاله الضارة. على أن تكون مسؤولية أصلية، لا استثنائية، و وجوبية لا جوازية للقاضي، وكاملة لا مخففة. لأنه في ظل الوضع القائم يمكن ألا يحصل المضرور على أي تعويض متى رأى القاضي أن عديم التمييز لا مال له، أو لا يحصل إلا على تعويض جزئي متى قدر القاضي ذلك. فالمسألة تخضع لتقدير تحكمي من جانب القضاء، يختلف من حالة إلى أخرى وربما برغم تماثل الحالات. وهو ما يصطدم مع اعتبارات العدالة، التي تفرض ضرورة حصول المضرور على التعويض الكامل عما يقع له من ضرر.

وإن كنت من أنصار إعطاء السلطة التقديرية الواسعة لقاضي الموضوع، إلا أن تقرير مسؤولية عديم التمييز يحتاج إلى نص تشريعي واضح لكي يستقر الاجتهاد القضائي بهذا الشأن وبالتالي تستقر المعاملات، خصوصا وأن موضوع المسؤولية المدنية عموما موضوع شائك ومعقد. كما أن نص المادة (164) قد ترك الأمر دون تحديد جازم لمدى مسؤولية عديم التمييز والاستثناء الوارد في الفقرة الثانية من المادة (164) واسع لدرجة أن النص بمجمله قد يؤدي إلى التناقض من الناحية العملية بخصوص قرارات المحاكم في هذا الموضوع، وذلك من حيث تقرير النص لعدم مسؤولية عديم التمييز كقاعدة عامة من جانب، ومع ما قد يعرض على القضاء من منازعات قد يتعذر الحصول فيها على التعويض من المسؤول وهذه الحالات كثيرة باعتقادي - وبالتالي يلتزم عديم التمييز بالتعويض من جانب آخر.

[1] عبد الرحمن، محمد شريف: **دروس في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات**، الجزء الأول، المجلد الثاني، المسؤولية التقصيرية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1991، ص166.

بالإضافة إلى أن النص جاء عاما ولم يعالج الحالات التي قد يكون عديم التمييز بصددها، كحالة أن يكون عديم التمييز متبوعا أو حارسا، تاركا الأمر في ذلك إلى القواعد القانونية الأخرى التي تحكم مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه أو مسؤولية حارس الأشياء عن الأشياء التي تحت حراسته، وإلى الفقه أيضا. وقد رأينا أن القضاء والفقه مستندين إلى القواعد القانونية بالخصوص قد أقرا مسؤولية عديم التمييز في الحالتين السابقتين، متجاوزين في ذلك للقاعدة العامة التي تقرر عدم مسؤولية عديم التمييز، وبالتالي أصبح الاستثناء أوسع من القاعدة العامة، ولم تعد هنالك حاجة للقاعدة العامة بشأن عدم مسؤولية عديم التمييز. وهذا كله يدعو كما أسلفت إلى تقرير المسؤولية الكاملة لعديم التمييز عن أفعاله الضارة.

الفرع الرابع: مسؤولية الشخص المعنوي

تجوز مساءلة الشخص المعنوي عن الأشخاص التي يرتكبها ممثلوه، إذ يتوافر عنصر الإدراك في الخطأ عند من يمثل الشخص المعنوي وهو شخص طبيعي. وإذا كانت مساءلة الشخص المعنوي مساءلة جنائية جائزة فيما يمكن أن يوقع على الشخص المعنوي من عقوبات كالغرامة والمصادرة والحل، فأولى أن تكون مساءلته مساءلة مدنية جائزة إذ يمكن القضاء عليه بالتعويض. والأمثلة كثيرة على الأخطاء التي يرتكبها ممثلو الشخص المعنوي فيصبح هذا مسؤولا عنها، كمدير الشركة عندما يفصل عاملا في وقت غير لائق فتكون الشركة مسؤولة عن هذا الفصل، وسائق القطار الذي يدهس شخصا فتكون مصلحة السكك الحديدية مسؤولة، وعامل البريد يضيع رسالة فتكون مصلحة البريد مسؤولة[1].

في هذا قضت محكمة النقض المصرية بأن "الوقف بأحكامه المقررة في الفقه الإسلامي هو في فقه القانون المدني شخص اعتباري تكاملت فيه مقومات الشخصية القانونية. والشخص الاعتباري كما أن له وجوداً افترضه القانون له إرادة الشخص الطبيعي الذي يمثله فالخطأ الذي يقع من ممثله بصفته هذه يعتبر بالنسبة إلى الغير الذي أصابه الضرر خطأ من الشخص

[1] السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوجيز**، ج1، ص324.

الاعتباري فالحكم الذي يرتب المسئولية على جهة الوقف عن خطأ وقع من الناظر، عملاً بالمادة (151) من القانون المدني لا يكون مخطئاً"[1].

يقول الدكتور السنهوري في معرض تفنيده للأساس القانوني لمسؤولية الشخص المعنوي أنه "لما كان الشخص المعنوي يختلف عن الشخص الطبيعي في أنه لا يمكن أن ينسب إليه التمييز مباشرة، فإن كثيرا من الأحكام تجعل مسؤولية الشخص المعنوي عن أعمال ممثليه هي مسؤولية المتبوع عن التابع، فتصل بذلك إلى تقرير المسؤولية بالتضامن بين الشخص المعنوي وممثليه. على أن هناك أحوالا يصعب الوصول فيها إلى مساءلة الشخص المعنوي عن هذا الطريق غير المباشر، فقد يحدث أن الخطأ الذي يوجب المساءلة يكون قرارا صادرا من إحدى هيئات الشخص المعنوي (مجلس الإدارة مثلا)، فلا بد إذن من نسبة الخطأ مباشرة إلى الشخص المعنوي ذاته، وتكون مسؤوليته مسؤولية عن عمل شخصي لا مسؤولية المتبوع عن التابع، ولا بد حينئذ من الاقتصار على عنصر التعدي في الخطأ دون عنصر التمييز"[2]

---

[1] نقض مدني 11 مارس 1948، منشور في موقع قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية التابع لوزارة العدل المصرية والممول من قبل برنامج إدارة الحكم في الدول العربية التابع لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي **(UNDP)** http://www.arablegalportal.org، نظر هذا الموقع بتاريخ 2007/7/7 الواقع يوم السبت الساعة الثامنة مساء.

[2] السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوجيز**، ج1، ص324 و325.

المبحث الثاني

الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز في القانون المدني المصري وفي القانون المدني الفرنسي

أقام المشرع المصري المسؤولية على الخطأ، وهذا ما جاءت به المادة (163) بنصها على أن "كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"، وما جاءت به المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري من أنه "لما كان الأصل في المسؤولية التقصيرية، بوجه عام، أن تناط بخطأ يقام الدليل عليه، لذلك القي عبء الإثبات فيها على عاتق المضرور، وهو الدائن"[1]. وهذا ما قررته محكمة النقض المصرية أيضا بقولها أن "تكييف الفعل بأنه خطأ موجب للمسئولية التقصيرية يعتبر من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض"[2]. وفي قرار آخر لها أنه "إذا كان العامل يقتضي حقه في التعويض عن إصابة العمل من الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية في مقابل الاشتراكات التي شارك هو ورب العمل في دفعها بينما يتقاضى حقه في التعويض قبل المسئول عن الفعل الضار بسبب الخطأ الذي ارتكبه المسئول، فإنه ليس ثمة ما يمنع من الجمع بين الحقين"[3].

وقد كان لصياغة نص المادة (163) السابقة دورٌ بارزٌ في قناعة الفقه والقضاء في مصر بأن القاعدة العامة في المسؤولية عن الأفعال الشخصية هي التي تقوم على الخطأ الثابت، وأن المشرع لم يأخذ بالمسؤولية الموضوعية إلا في مسائل معينة يقتضيها التطور الاقتصادي.

وقبل البحث في الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز في القانون المدني المصري، وجب التعرض لمفهوم الخطأ بركنيه المادي والمعنوي أو النفسي، ومن ثم تتبع مسؤولية عديم

---

[1] **مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، الالتزامات مصادر الالتزام (من المادة 89 إلى المادة 264)، صادرة عن وزارة العدل المصرية**، ص355.

[2] نقض مدني 29 مارس 1987، منشور في موقع قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية التابع لوزارة العدل المصرية والممول من قبل برنامج إدارة الحكم في الدول العربية التابع لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي **(UNDP)** http://www.arablegalportal.org، نظر هذا الموقع بتاريخ 2007/7/7 الواقع يوم السبت الساعة الثامنة مساء.

[3] نقض مدني 26 نيسان 1977، منشور على الموقع السابق، نظر هذا الموقع بتاريخ 2007/7/20 الواقع يوم الجمعة الساعة السادسة مساء.

التمييز في القوانين الفرنسية، وما كانت عليه هذه المسؤولية، وكيف تطورت، وأي النظريات أو الأفكار الفقهية التي فسرت مسؤولية عديم التمييز. وذلك لتأثر القانون المدني المصري بالقانون المدني الفرنسي، وتمهيدا لدراسة الأساس الذي يستند إليه نص المادة (2/164) مدني مصري.

قد قسمت هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية.

المطلب الثاني: مسؤولية عديم التمييز في القانون المدني الفرنسي وأساسها.

المطلب الثالث: الأساس الذي يستند إليه نص المادة (2/164) مدني مصري.

المطلب الأول: فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية

عرفت محكمة النقض المصرية الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية بأنه "الانحراف عن السلوك العادي المألوف وما يقتضيه من يقظة وتبصر حتى لا يضر بالغير"[1]. كما عرفته في حكم آخر بأنه "الإخلال بالتزام قانوني يفرض على الفرد أن يلتزم في سلوكه بما يلتزم به الأفراد العاديون في اليقظة والتبصر حتى لا يضرون بالغير، فإذا انحرف عن السلوك الذي يتوقعه الآخرون ويقيمون تصرفاتهم على أساس مراعاته يكون قد أخطأ"[2].

عرف غالبية الفقه والقضاء الخطأ تعريفا شخصيا لم يتأثر بالنظريات المادية فعرف بأنه إخلال بواجب قانوني مقترن بادراك المخل إياه، فالخطأ يتكون من عنصرين أحدهما نفسي وهو التمييز أو الإدراك والثاني مادي وهو فعل الإخلال بواجب قانوني، لذا يتشرط في المسؤول أن يكون مميزا.

---

[1] نقض مدني 1990/1/15 منشور في كتاب الدكتور فتحي عبد الرحيم عبد الله **دراسات في المسؤولية التقصيرية (نحو مسؤولية موضوعية)**، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2005، ص51.

[2] نقض مدني 1978/10/30 منشور في كتاب الدكتور محمد كمال عبد العزيز **التقنين المدني في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول (الالتزامات)**، طبعة نادي القضاة، 1980، ص528.

الفرع الأول: العنصر المادي للخطأ (التعدي)

التعدي هو مجاوزة الحدود التي يجب على الشخص التزامها، أو هو الانحراف عن السلوك الواجب حتى لا يضر بالغير، ويقاس الانحراف في السلوك وفقا للرأي الراجح الذي أخذ به جمهور الفقه والقضاء بمعيار موضوعي أي بسلوك شخص مجردة من ظروفه الشخصية، أي بسلوك الشخص العادي[(1)].

فالتعدي معياره واحد لا يتغير بالنسبة إلى جمهور الناس، وهو الشخص العادي، فإذا جاوز الانحراف المألوف عن سلوك الناس وضابطه الشخص العادي، صار تعديا دون النظر للظروف الشخصية الذاتية للفاعل، ووفقا لهذا التصور يكون الخطأ شيئا اجتماعيا لا ظاهرة نسبية. وإذا كان الفقه والقضاء يجمعان على عدم الاعتداد بالظروف الداخلية للشخص المعتدي في مقياس السلوك المألوف من الشخص العادي، فليس لنا أن نجرده من الظروف الخارجية وأهمها ظروف الزمان والمكان[(2)].

ويقع عبء إثبات التعدي على المضرور، لأن المسؤولية ترتبت عن عمل شخصي من المسؤول، وهي تقوم على خطأ واجب الإثبات، فعلى الدائن أن يثبت أن المتعدي قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي، وإخلاله بالتزامه القانوني بعدم اتخاذه الحيطة الواجبة في عدم الإضرار بالغير مما الحق الضرر بالأخير[(3)].

الفرع الثاني: العنصر النفسي للخطأ (التمييز)

يقول الدكتور سليمان مرقس أن "المقصود أصلا بالعنصر النفسي للخطأ هو أن يكون مرتكب الفعل الضار قد قصد الإضرار بالغير (في حالة الجريمة المدنية) أو على الأقل أن يكون

---

(1) عبد الله، فتحي عبد الرحيم: المرجع السابق، ص16.

(2) أبو الخير، عبد السميع عبد الوهاب: المرجع السابق، ص188.

(3) السنهوري، عبد الرزاق أحمد: المرجع سابق، ص304.

قد توقع حصول الضرر نتيجة لفعله ولم يثنه ذلك عن هذا الفعل أو لم يحمله على اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتفادي الضرر (في حالة شبة الجريمة المدنية)"[1].

فإذا توافر قصد الإضرار بالغير تحقق العنصر النفسي للخطأ، وكان هذا الخطأ عمدا ووصف الفعل الضار بأنه جنحة مدنية وإن لم يتوافر هذا القصد، اكتفي في قيام المسؤولية المدنية بأن يكون مرتكب الفعل الضار مدركا وقت ارتكابه أنه مخل بواجب قانوني وأن إخلاله هذا يمكن أن يترتب عليه الإضرار بالغير. وفي هذه الحالة يعتبر خطؤه غير عمد ويوصف بأنه شبه جنحة مدنية، ولكن النتيجة واحدة من حيث قيام المسؤولية المدنية والالتزام بالتعويض، ولا فرق في شأنهما بين ما إذا كان الخطأ عمدا أو غير عمد، أي بين ما إذا كان الفاعل قد قصد الإضرار بالغير بفعله، وما إذا كان لم يقصد ذلك[2].

يلاحظ أن قصد الإضرار يتضمن توافر التمييز أو الإدراك، ولكن توافر التمييز لا يتضمن توافر قصد الإضرار، غير أن المسؤولية تقوم بدرجة واحدة في الحالتين، فجرى القول على الاكتفاء في قيامها بتوافر التمييز. وظاهر أن التحقق من توافر قصد الإضرار أو من توافر التمييز يقتضي الغوص في أعماق النفس الإنسانية لتبين الحالة النفسية لمرتكب الفعل الضار وقت ارتكابه. ولا شك أن ذلك أمر صعب تحققه مما يجعل متعذرا على المصاب إقامة الدليل على توافر هذه الحالة النفسية لدى مرتكب الفعل الضار وقت ارتكابه، ولذلك ذهب كثير من الشراح إلى الاكتفاء في تقدير توافر هذا العنصر النفسي أو عدم توافره تقديرا موضوعيا مجردا، فلا يشترط أن يثبت أن الفاعل قد تمثل وقوع الضرر باعتباره نتيجة محتملة لفعله بل يكتفي بأن يكون في وسع الرجل العادي تمثله في مثل هذه الظروف حتى يفرض في الفاعل أنه تمثله فعلا ويعتبر العنصر النفسي للخطأ متوافرا فيه[3].

---

[1] مرقس، سليمان: **الوافي**، القسم الأول في الأحكام العامة، المجلد الأول، ص233.

[2] المرجع السابق: ص234.

[3] ذهني، عبد السلام: **بحث بعنوان (في المسؤولية المدنية للأفراد لمحة تاريخية وتشريعية)**، منشور ومؤرشف الكترونيا على موقع منتدى المحامين العرب www.mohamoon.com/montada، ص17، نظر هذا الموقع بتاريخ 2007/1/7 الواقع يوم الأحد الساعة السادسة مساء. وبنفس المعنى خاطر، نوري حمد: بحث بعنوان **(تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية)**، دراسة نظرية مقارنة منشورة على موقع الدليل الالكتروني للقانون العربي www.arablawinfo.org، ص6، نظر هذا الموقع بتاريخ 2006/9/26 الواقع يوم الثلاثاء الساعة 10:00 مساء.

يتجه الفقه المصري في شرح العنصر النفسي للخطأ إلى أن التمييز يمثل الحد الأدنى من العنصر النفسي الذي لا غنى عنه لتوافر الخطأ الذي تقوم على أساسه المسؤولية المدنية، وذلك لأن الخطأ إخلال بواجب قانوني، ولأن هذا الواجب لابد في نشوئه من قاعدة تفرضه، ولأن القاعدة القانونية هي خطاب موجه إلى الناس بأمر أو نهي، فهي تفترض فيمن توجه إليهم التمييز والإدراك، بل هي في الأصل لا تعتبر موجهة إلا إلى من يتوافر فيهم التمييز فيما عدا الحالات الاستثنائية التي يفرض فيها القانون واجبا لا يتطلب من المكلف به تمييزا أو إدراكا ويمكن اقتضاؤه منه دون حاجة في ذلك إلى أي عمل إرادي من جانبه كما هو شان الالتزام بالضرائب وشأن التزام المتبوع عديم التمييز بضمان أفعال تابعه، ولذلك نص التقنين المدني المصري الحالي في المادة (164) كما كان ينص التقنين المدني المختلط في المادة (212) منه على ضرورة توافر التمييز في مرتكب الفعل الضار حتى يمكن إلزامه بما سببه من ضرر للغير. وبناء على ذلك لا يسأل المجنون ولا الصبي غير المميز عن أفعالهما الضارة بالغير بالرغم مما فيها من مساس بحقوق الغير ومن خرق مادي للواجبات المقابلة لهذه الحقوق لأن خطاب الشارع بهذه الواجبات لا يعتبر موجها إلا إلى ذوي التمييز[1].

الواقع أن خطاب الشارع - وإن كان من الصعب على عديمي التمييز فهمه - إلا أن ذلك لا يمنع الشارع من التدخل بتنظيمه للقواعد المتعلقة بحالات ارتكاب عديمي التمييز لأفعال ضارة، ذلك لأن اعتبارات العدالة تقضي تعويض المصاب عما لحق به من ضرر وهذا هو الأهم في تقديري، وبعبارة أخرى أنه ليس بمبرر مطلقاً أن لا يحصل المصاب على التعويض الذي يستحقه لأن القاعدة القانونية لا تخاطب عديمي التمييز.

المطلب الثاني: مسؤولية عديم التمييز في القانون الفرنسي وأساسها

مرت فكرة مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار، بتطور واضح في القانون الفرنسي، يمكنني تقسيمه إلى مرحلتين. حددهما صدور قانون 3 يناير 1968 بتعديل نص المادة (2/489) من القانون المدني الفرنسي مقررا مسؤولية المريض باختلال عقلي عن أفعاله الضارة.

---

[1] مرقس، سليمان: المرجع سابق، ص235. عامر، حسين: **المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية**، ط1، الإسكندرية، مطبعة مصر، 1956، ص168. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: المرجع السابق، ص322.

لذلك أرى لتتبع رأي الفقه واتجاه القضاء أن أقسم البحث في هذا المطلب إلى مرحلتين، في فرعين، بحيث أتناول في الفرع الأول المرحلة السابقة على تعديل نص المادة (2/489) وفي الفرع الثاني المرحلة الثانية المرتبطة بتعديل نص المادة (2/489).

الفرع الأول: المرحلة الأولى السابقة على تعديل نص المادة (2/489) مدني فرنسي

إذا كانت هذه المرحلة تبدأ من القانون الفرنسي القديم، إلا أنه مما لا شك فيه أن إلقاء الضوء على موقف القانون الروماني من مسؤولية عديم التمييز لا يخلو من فائدة نظرا للتأثير المعروف لهذا القانون على القوانين التي جاءت من بعده وفي مقدمتها القانون الفرنسي القديم بصورة واضحة، ثم قانون نابليون بعده بدرجة أقل.

لذلك أرى أن أعرض للوضع في ظل القانون الروماني أولا، ثم للوضع في القانون الفرنسي القديم ثانيا، ثم للوضع في ظل قانون نابليون ثالثا.

أولا: مدى مسؤولية عديم التمييز في ظل القانون الروماني

مرت فكرة مسؤولية عديم التمييز، بتطور ارتبط بتطور القانون الروماني ذاته، يمكن تحديده في مرحلتين، المرحلة الأولى، في ظل القانون الروماني القديم. والمرحلة الثانية في عصر ازدهار القانون الروماني.

أ - المرحلة الأولى في ظل القانون الروماني القديم

في هذه المرحلة اختلطت المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية، بحيث كان حق الانتقام الفردي في البداية، هو رد الفعل الطبيعي للاعتداء الواقع من الغير، وكان المعتدي عليه يرد اعتداء المعتدي بنفسه أو بواسطة قبيلته أو عشيرته. ثم تطور الأمر فحلت الدية محل الثأر، وكانت في البداية اختيارية ثم أصبحت بعد ذلك وبعد أن قوى ساعد السلطة الحاكمة إجبارية، وهي في مرحلتيها تمثل نوعا من العقوبة التي توقع على الجاني، دون تمييز بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية، فكانت الدية تفرض على المعتدي بمجرد تحقق الضرر،

دون بحث لفكرة الخطأ التي لم تكن معروفة في ذلك الوقت. ومن ثم لم يكن القول بأن عديم التمييز كان يسأل عن الضرر الذي يلحقه بغيره[1].

ب - المرحلة الثانية، ازدهار القانون الروماني

بدأت معالم المسؤولية المدنية تتضح وتتميز عن المسؤولية الجنائية. ومن ثم وضحت شرائط تطبيقها، ومن أهمها وقوع خطأ من جانب مرتكب الفعل الضار. فلم يعد كافيا للقول بتحقق المسؤولية المدنية، أن يقع ضرر بالمضرور. وإنما أصبح من الضروري أن ينطوي مسلك المعتدي على الخطأ بمعناه المعروف في القانون الحديث. أي انحراف في السلوك مع توافر الإدراك أو التمييز[2].

ترتب على هذا التطور أن أصبح عديم التمييز غير مسؤول عن أفعاله الضارة وقد جاء على لسان الفقيه الفرنسي (البيان) أن ما يأتيه عديم التمييز والمجنون على وجه الخصوص يعد من قبيل القوة القاهرة، يتعين على المضرور أن يتحمل نتائجه الضارة شأن تحمله للضرر الناشئ عن سقوط حجر عليه بفعل الريح أو الضرر الذي يقع عليه بفعل الحيوان، وهذا يعني أنه لم يكن يعتبر أن ما يقع من عديم التمييز يعد من قبيل الخطأ، كما أنه لا يعد حتى مجرد فعل إنساني، وإنما هو أم خارج عن إرادة صاحبه[3].

لكن إذا كان المبدأ في القانون الروماني في تطوره الأخير أنه لا مسؤولية على عديم التمييز، متى الحق بغيره ضررا، فإنهم قد حاولوا التخفيف من قسوة هذا المبدأ عند تطبيقه على الغير المضرور، فقرروا أن المسؤولية تترتب متى ارتكب الفعل الضار، وكان المجنون في لحظة إفاقة. كما أنهم اخذوا بفكرة أخرى مقتضاها أن وجود شخص في حالة جنون، يرتب

---

[1] خفاجي، أحمد رفعت: بحث بعنوان **(مستقبل نظرية الخطأ تحت ستار الحقوق)**، منشور ومؤرشف الكترونيا على موقع منتدى المحامين العرب www.mohamoon.com/montada، ص4 2007/7/13 الواقع يوم الجمعة الساعة السابعة مساء.

[2] المرجع السابق: ص5.

[3] عبد الباقي مصطفى، أبو زيد: المرجع السابق، ص25.

على عاتق أقاربه مسؤولية حراسته، حتى لا يلحق ضررا بالغير. ومن ثم فمتى قصروا في واجب الحراسة، مما أدى إلى وقوع الضرر على الغير، تحققت مسؤوليتهم نحوه[1].

ثانيا: مدى مسؤولية عديم التمييز في ظل القانون المدني الفرنسي القديم

لقد تأثر القانون الفرنسي القديم في مجموعه بالأفكار التي كانت سائدة من قبل والتي كانت تختلط فيها المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية، بحيث كان لا يمكن التمييز بين العقوبة الجنائية والتعويض المدني. وفي هذه المرحلة المبكرة كان عديم التمييز يسأل عن فعله الضار. ولكن سرعان ما انتقلت الأفكار التي سادت القانون الروماني في نهاية تطوره، والتي كان من نتاجها كما سبق الاعتداد بفكرة الخطأ أساسا للمسؤولية المدنية، وما يترتب على ذلك من عدم مساءلة عديم التمييز عن أفعاله الضارة، وقد دافع عن هذا الاتجاه الأخير الفقيه (بوتييه)، إذ قرر وهو بصدد تقسيم الأفعال إلى جرائم وشبه جرائم أن أفعال عديمي التمييز لا تندرج تحت هذه أو تلك. كما أنها لا تمثل إهمالا أو نوعا من عدم التبصر لافتقار هؤلاء إلى الإدراك[2].

على الرغم من تأثر فقهاء القانون المدني بفقه بوتييه واعتناقهم لمبدأ عدم مسؤولية عديم التمييز فإن الملاحظ أن فقهاء القانون الجنائي وبعض القضاء قد اتجهوا إلى عكس ذلك، مقررين أن عدم التمييز، وإن كان يعفي الشخص من المسؤولية الجنائية، إلا أنه يبقى ملتزما في ماله بتعويض المضرور عما لحقه من ضرر. ولكن هذا الاتجاه الأخير لم يكن الاتجاه الغالب، فقد كانت الغلبة لمبدأ عدم المسؤولية تأثرا بفقه القانون الروماني في نهاية تطوره، بينما اعتبر الأخذ بمبدأ المسؤولية مجرد أثر من آثار الماضي[3].

---

[1] حسني، محمد فؤاد: بحث بعنوان **(مسؤولية الآباء والأمهات والقامة والأوصياء عن أعمال الصـبي أو المحجـور)** منشور ومؤرشف الكترونيا علـى موقـع منتـدى المحـامين العـرب www.mohamoon.com/montada، ص4 2007/7/15 الواقع يوم الأحد الساعة السابعة مساء.

[2] النقيب، عاطف: **النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي الخطأ والضرر** -، الطبعة الثانية، بيـروت، المنشورات الحقوقية صادر، 1999، ص61.

[3] المرجع السابق: ص63.

ثالثا: مدى مسؤولية عديم التمييز في ظل قانون نابليون

لقد خلا قانون نابليون الذي وضع سنة 1804م من أي نص خاص يتعلق بمسؤولية عديم التمييز. ومن ثم فقد اتجه أغلب الفقه والقضاء، إلى تطبيق القواعد العامة في المسؤولية عن الفعل الضار، تلك القواعد التي تضمنتها المواد (1382) و(1383) و(1384) وهي تتجه إلى الأخذ بمبدأ عدم مسؤولية عديم التمييز، لان من أهم شروط تطبيقها وقوع خطأ من جانب مرتكب الفعل الضار. والخطأ قوامه الإرادة، فلا ينسب إلى عديم التمييز خطأ ما لانعدام إرادته[1].

لكن وجد اتجاه آخر يستنكر حرمان المضرور من التعويض عما أصابه من ضرر ألحقه به عديم التمييز. ولذلك فقد ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بمسؤولية عديم التمييز وسايرتهم في ذلك بعض أحكام القضاء.

ونظرا إلى ما استشعره أنصار مبدأ عدم المسؤولية وهو المبدأ السائد من حيف يؤدي إليه الأخذ مبدئهم، فقد حاولوا التخفيف من قسوته، لإقامة نوع من التوازن بين مصلحة عديم التمييز من ناحية والمضرور من ناحية ثانية[2].

1. الاتجاه القائل بعدم المسؤولية ووسائل أنصار هذا المبدأ للتخفيف من قسوته.

يلاحظ أن الفقه في ذلك، قد استند إلى حجة أساسية مقتضاها أنه لا مسؤولية بدون خطأ، والخطأ قوامه الإرادة. ومن ثم فإن عديم التمييز لا يسأل عن أفعاله الضارة لأنه لا إرادة له. وقد وحدوا في ذلك بين فكرة الخطأ في نطاق المسؤولية المدنية وفي نطاق المسؤولية الجنائية. فإذا كان الشخص يعفى من المسؤولية الجنائية متى كان عديم التمييز لأن شرط المساءلة الجنائية أن

---

[1] اللصاصمة، عبد العزيز: **المسؤولية المدنية التقصيرية (الفعل الضار) أساسها وشروطها**، الطبعة الأولى، عمان، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002، ص27.

[2] المرجع السابق: ص27.

يكون الفعل قد انطوى على الإهمال أو عدم الحيطة أو التبصر، وهذا يقتضي وجود إرادة واعية حرة تستطيع أن تميز بين الخير والشر. فإن المسؤولية المدنية تقتضي بدورها ذلك[1].

ألاحظ أن الفقه حينما نبذ مبدأ المسؤولية قد أخذ الخطأ بمعياره الشخصي لا بمعياره المادي ومن ثم اعتد بكل ما يؤدي إلى انعدام إرادة الشخص، بالرغم من أن هذا ظرف من الظروف الداخلية التي تتعلق بشخص مرتكب الفعل الضار.

يقول الدكتور أبو زيد عبد الباقي مصطفى "ولم ينكر قط حتى أشد المغالين بمبدأ عدم المسؤولية أن هذا الاتجاه يؤدي إلى مساس واضح بالعدالة. وهناك مثل أصبح تقليديا نجده في كتابات جميع من تعرضوا لهذا الموضوع، يدللون به على عدم عدالة المبدأ. مقتضاه لو أن عديم التمييز كان مليونيرا أو بليونيرا أي ثريا واسع الثراء اعتدى على فقير معدم، فكيف تتحقق العدالة، حينما يعفى هذا الثري من المسؤولية، فيحرم المضرور المعدم أو أسرته من بعده التي تعاني شظف العيش من كل تعويض عما لحقه من ضرر"[2].

ترتب على هذا أن حاول أنصار مبدأ عدم المسؤولية، التخفيف من قسوة مبدئهم في محاولة لإقامة نوع من التوازن بين مصلحة المضرور ومصلحة عديم التمييز، حيث لجأ أنصار مبدأ عدم المسؤولية إلى وسائل متعددة يؤدي الأخذ بأي منها إلى تحقق المسؤولية في محاولة لإقامة التوازن بين مصلحة المضرور ومصلحة عديم التمييز، وقد تمثلت هذه الوسائل فيما يلي:

أ - الاعتداد بالخطأ السابق للمريض باضطراب عقلي.

حيث اتجهت بعض أحكام القضاء مؤيدة من الفقه إلى التوسع في فكرة الخطأ. فأخذ بفكرة الخطأ السابق للمريض، بمعنى أنه ما دامت الحالة المرضية التي وجد فيها الشخص عند

---

[1] النقيب، عاطف: المرجع السابق، ص65. وبنفس المعنى منصور، أمجد: **مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار "دراسة مقارنة"**، بحث منشور على موقع الدليل الالكتروني للقانون العربي www.arablawinfo.org، ص10، نظر هذا الموقع بتاريخ 2006/5/31 الواقع يوم الأربعاء الساعة 10:00 مساء. وبنفس المعنى السعيد، كامل: **الجنون والاضطراب العقلي وأثره في المسؤولية الجنائية**، ط1، عمان، منشورات الجامعة الأردنية، 1987، ص134. وبنفس المعنى خفاجي، أحمد رفعت: المرجع السابق، ص9.

[2] عبد الباقي مصطفى، أبو زيد: المرجع السابق، ص33.

ارتكابه الفعل الضار، قد نتجت عن خطأ سابق ارتكبه بحيث أدى إلى وجوده في هذه الحالة، فإنه يكون مسؤولا عن أفعاله الضارة.

وأهم أحكام القضاء هذه قد وردت في شأن من يدمنون تناول المسكرات والمخدرات باختيارهم. فمن أدمن تناول مسكر أو مخدر، بحيث أدى إلى إصابته بمرض عقلي، يكون قد ارتكب خطا يسأل عنه متى ارتكب فعلا ضار بعد ذلك[1].

ب - اعتبار عديم التمييز حارسا

بالرغم أن هذا الاتجاه يرى أن عديم التمييز لا يسأل عن أفعاله الضارة، فإن القضاء تخفيفا من قسوة هذا الاتجاه، قد أخذ بإمكان تقرير مسؤوليته كحارس للأشياء، إعمالا لنص المادة (1/1384). فإذا كان لا يمكن مساءلته كحارس للأشياء وفقا لنص المادة (1382) عن فعله الشخصي، فإنه يمكن مساءلته كحارس للأشياء وفقا لنص المادة (1/1384).

وقد كان هذا الاتجاه، بمناسبة الفصل في قضية (تريشار) الشهيرة التي تتلخص وقائعها في أن (تريشار) أثناء قيادته لسيارته ارتكب حادثا أدى إلى إصابة أحد الأشخاص.

وقد رفع هذا الأخير دعوى مطالبة بالتعويض، استنادا إلى المادة (1/1384) باعتبار (تريشار) حارسا للسيارة. إلا أن (تريشار) تمسك بأنه مريض بالصرع، وأن الحادث وقع أثناء تعرضه لنوبة من نوباته، وهو ما أكده التقرير الطبي عن حالته، وأدى إلى عدم مسؤوليته الجنائية. ومن ثم فهو يدفع باعتباره حراسا، تطبق عليه القرينة الواردة في المادة (1/1384) لأن ما تعرض له من نوبة الصرع أثناء القيادة هو الذي أدى إلى وقوع الحادث، فيعتبر من قبيل الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، التي تؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية المنصوص عليها في المادة (1/1384). إلا أن محكمة الموضوع وأيدتها في ذلك محكمة النقض قد قضت باعتباره حارسا، ومن ثم تتحقق مسؤوليته المدنية، وفقا لقرينة المسؤولية التي نصت عليها المادة (1/1384)[2].

---

[1] النقيب، عاطف: المرجع السابق، ص154.

[2] عبد الباقي مصطفى، أبو زيد: المرجع السابق، ص39 40.

ج - اعتبار عديم التمييز مسؤولا عن غيره

يمكن أن يثار مدى إمكان تحقق هذه المسؤولية في فرضين، فمن ناحية قد يكون عديم التمييز أباً أو أماً يسأل عن أفعال أبنائه القصر الضارة، وفقا لنص المادة (2/1384)، من القانون المدني الفرنسي.

هذا الفرض لا يرد بطبيعة الحال، إلا إذا كان عديم التمييز بسبب المرض العقلي.

من ناحية ثانية فقد يكون عديم التمييز سواء أكان بسبب صغر السن أو المرض العقلي متبوعا يسأل عن أفعال تابعه التي تلحق ضرراً بالغير. المادة (3/1384) من القانون المدني الفرنسي.

أقر الفقه الأخذ بمسؤولية عديم التمييز في هذين الفرضين تخفيفا من قسوة مبدأ عدم المسؤولية. إلا أنه قد اختلف حول الأساس القانوني لهذه المسؤولية اختلافا يرجع إلى الاختلاف حول طبيعتها، فذهب الفقه التقليدي إلى القول بالمسؤولية الشخصية. ومن ثم وجد في فكرة الخطأ المفترض أساسا لهذه المسؤولية. فهناك خطأ مفترض من جانب الأب أو الأم أو المتبوع غير المميز، قد يكون خطأ في الرقابة أو خطأ في التوجيه أو خطأ في هذه الأمور مجتمعة. وهو خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس ومن ثم فلا يجوز لعديم التمييز أن يثبت عدم وقوعه من جانبه. ولكن وجهت إلى هذا الاتجاه انتقادات كثيرة، فعدل عنه الفقه واتجه إلى الأخذ بفكرة تحمل التبعة فمادام عديم التمييز وبصفة خاصة إذا كان متبوعا يفيد من عمل غيره، فيجب عليه أن يتحمل النتائج الضارة لهذا العمل متى لحقت بالغير. ولكن فكرة تحمل التبعة بدورها كانت محلا للنقد أيضا ولذلك وُجد جانب آخر من الفقه يذهب إلى أن هذه المسؤولية ليست مسؤولية شخصية وإنما هي مسؤولية عن فعل الغير. وإن كان أنصار هذا الاتجاه الجديد قد اختلفوا في أساس هذه المسؤولية فمنهم من ذهب إلى أن أساسها يكمن في فكرة النيابة القانونية ومنهم من وجد أساسها في فكرة الضمان[1].

---

[1] عبد الرحمن، محمد شريف: **مسؤولية عديم التمييز**، الزقازيق، مكتبة نجم القانونية، 2001، ص121.

أيا كان أساس هذه المسؤولية، فإن الذي يمكنني استنتاجه أن الفقه وإن اختلفت وسائله، قد اتجه إلى الأخذ بمسؤولية عديم التمييز.

د - ضرورة إثبات حالة انعدام التمييز لحظة إتيان الفعل الضار

اتجهت المحاكم الفرنسية للتخفيف من قسوة مبدأ عدم المسؤولية إلى التشدد في إثبات عدم التمييز، وذلك فيما يتعلق بعديم التمييز بسبب المرض العقلي لأن عديم التمييز بسبب صغر السن أمر يرجع تقديره إلى قاضي الموضوع. وقد تمثل تشدد القضاء في مسلكين: فمن ناحية استلزم أن يكون انعدام التمييز لحظة ارتكاب الفعل الضار انعداما تاما. ومن ثم إذا ارتكب الفعل في لحظة من لحظات الإفاقة فإن المسؤولية تتحقق وبذلك لم يسلم القضاء الفرنسي بفكرة الجنون الجزئي أو نصف الجنون في نطاق المسؤولية المدنية. ومن ناحية ثانية ألزمت المحاكم عديم التمييز أو من يمثله أن يثبت حالة انعدام التمييز العام هذه، لحظة ارتكاب الفعل الضار. ولا شك أن هذا الإثبات يصعب في كثير من الحالات، وخصوصا تلك التي تتخللها لحظات إفاقة. ولم تكتف المحاكم بإثبات الحالة العامة للجنون، وإنما استلزمت ضرورة إثبات انعدام التمييز انعداما تاما لحظة ارتكاب الفعل الضار[1].

2. الاتجاه القائل بمبدأ المسؤولية

بالرغم من المحاولات العديدة التي بذلها أنصار مبدأ المسؤولية للتخفيف من حدته والتي تعرضت لها فيما سبق، فقد وجده اتجاه آخر دعا أصحابه إلى ضرورة الأخذ بمسؤولية عديم التمييز كمبدأ عام. وقد أخذ هذا الاتجاه يقوى شيئا فشيئا مما كان له أثره على القضاء الفرنسي، إلى أن كانت له الغلبة في النهاية باعتناق المشرع له وإن كان ذلك بصورة جزئية.

سأعرض بإيجاز لمبدأ المسؤولية من حيث حجج أنصاره ومدى تأثيره على القضاء الفرنسي وعلى المشرع الفرنسي ذاته.

---

[1] عبد الرحمن، محمد شريف: مرجع سابق ص124.

أ - حجج أنصار مبدأ المسؤولية

حاول أنصار هذا المبدأ دحض الحجج التي استند إليها أنصار مبدأ عدم المسؤولية وإن كانوا قد اختلفوا فيما بينهم من حيث الوسيلة. فنجد أن بعضهم لم ينكر الخطأ كأساس للمسؤولية، إلا أنهم اعتدوا بالخطأ في هذا المجال بمفهومه الموضوعي أو المجرد لا بمفهومه الشخصي أو الذاتي، نجد أن البعض الآخر نبذ فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية محاولين البحث عن أساس آخر. وسأعرض لأفكار كل من الفريقين كما يلي:

- القائلون بأن الخطأ مازال أساس مسؤولية عديم التمييز (الخطأ الموضوعي لا الخطأ الشخصي)

ذهب بعض أنصار مبدأ مسؤولية عديم التمييز وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي (مازوتنك) إلى أنه ليس هناك داع للبحث عن أساس آخر لهذه المسؤولية. إذ أن في نظرية الخطأ ما يفي بالغرض.

يوضحون وجهة نظرهم هذه بالقول بوجوب التمييز بين الخطأ اللازم لتقرير المسؤولية الجنائية، والخطأ اللازم لتقرير المسؤولية المدنية، إذ يجب أن يؤخذ الخطأ في الأولى بمعيار شخصي أو ذاتي، بينما ينبغي أن يؤخذ في الثانية بمعيار مادي أو مجرد.

المسؤولية الجنائية لا تتحقق، إلا إذا ارتكب الشخص انحرافا عن السلوك المعتاد، وهو ما يمثل العنصر المادي للخطأ مع ضرورة توافر الإدراك عنده وهو ما يمثل العنصر المعنوي. بينما يكفي لتحقق المسؤولية المدنية مجرد توافر العنصر المادي للخطأ وحده. ومؤدى ذلك أن تتحقق المسؤولية المدنية لعديم التمييز بمجرد ارتكابه للخطأ بمعناه المادي أو المجرد دون أن يؤخذ في الاعتبار عند تحديد هذا الخطأ أي من الظروف الداخلية التي تتصل بشخصه ومنها صغر السن والجنون أو الاختلال العقلي بصفة عامة. ويعتد فقط بالظروف الخارجية التي تحيط بالشخص[1].

---

[1] مرقس، سليمان: **الوافي في شرح الالتزامات المدنية في الفعل الضار والمسؤولية المدنية**، القسم الأول - في الأحكام العامة، المجلد الأول، القاهرة، 1988، ص5.

ترجع هذه التفرقة بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية إلى اختلاف طبيعة كل منهما. فيما تؤدي المسؤولية الجنائية إذا تحققت إلى توقيع عقوبة على الجاني، ولذلك وجب الاعتداد بالعنصر المعنوي عند تقرير هذه المسؤولية. نجد أن المسؤولية المدنية إذا تحققت لا تؤدي إلا إلى تعويض المضرور عما أصابه من ضرر. ومن ثم فهي لا تتناول شخص مرتكب الفعل الضار، وإنما تنصب على ذمته المالية وحدها[1].

- القائلون بنبذ الخطأ كأساس للمسؤولية ووجوب البحث عن أساس آخر لها

بالرغم من اتفاق هؤلاء على نبذ الخطأ، إلا أنهم اختلفوا عند اختيار البديل. فمنهم من قال بوجوب الأخذ بفكرة المخاطر المستحدثة كأساس، ومنهم من قال بضرورة الاستناد إلى فكرة العدالة. كما أجد آخرين يتلمسون في واجب الالتزام بالمساعدة ما قد يصلح أساسا لهذه المسؤولية. وأخيرا يجد بعضهم في فكرة الضمان الحل الأمثل. وسأعرض لهذه الاتجاهات فيما يلي:

- المخاطر المستحدثة هي أساس المسؤولية

ذهب البعض إلى أن أساس المسؤولية يكمن في نظرية المخاطر المستحدثة. فمن أنشأ وضعاً خطِراً ألحق ضررا بالغير التزم بتعويضه. ولكن من المعروف أن نظرية المخاطر قد تعرضت للنقد في هذا الخصوص كما سبق أن انتقدت حينما أراد أنصارها فرضها كنظرية عامة تحل محل نظرية الخطأ كأساس للمسؤولية، وأكد أنصار نظرية الخطأ على أنه ليس هناك ما يدعو لهدم الأساس التقليدي للمسؤولية متى اعتد بالخطأ عند تقرير مسؤولية عديم التمييز بمفهومه المادي.

---

[1] النقيب، عاطف: المرجع السابق، ص23. وبنفس المعنى عامر، حسين: **المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية**، ط1 الإسكندرية، مطبعة مصر، 1956، ص5. وبنفس المعنى محمود مصطفى، محمود: **المرجع السابق**، ص37. وبنفس المعني مرقس، سليمان: المرجع السابق، ص5.

إلى جانب أن نظرية المخاطر المستحدثة تقوم على قاعدة الغرم بالغنم، فمن يفيد من نشاط معين عليه أن يتحمل ما قد ينجم عنه من أضرار للآخرين. وتحقق هذه الفائدة عند ارتكاب عديم التمييز لفعل ضار أمر مشكوك فيه في أغلب الحالات[1].

- واجب المساعدة أساس المسؤولية

ذهب الفقيه الفرنسي (ريبير) إلى أنه يصعب القول بتقرير مسؤولية عديم التمييز نظرا لانعدام إرادته مما يؤدي إلى عدم إمكان إلزامه بالتعويض. إلا أن واجب المساعدة يقتضيه أن يقف إلى جانب المتضرر، بحيث ينقل إلى ذمته مبلغا من المال على سبيل المساعدة. ويرى الفقيه (ريبير) أن هذا المبلغ لا يعد بمثابة تعويض إذ لا مسؤولية. كما أنه لا مجال للكلام عن كونه يقابل تعويضا كاملا أم لا. كذلك فإن واجب المساعدة قد لا يقوم في كل الحالات، فقد لا تسمح الذمة المالية لعديم التمييز بالقيام بهذا الواجب متى كان هو نفسه في حاجة للمساعدة[2].

وأعتقد أنه لا يمكن تأسيس المسؤولية على فكرة المساعدة أو العطف هذه، فهي لا تصلح أساسا لالتزام قانوني.

- الضمان أساس المسؤولية

ذهب الفقيه (ستارك) بعد انتقاده الاتجاهات السابقة إلى أن مسؤولية عديم التمييز يمكن تأسيسها على فكرة جديدة، مقتضاها أن لكل شخص الحق في سلامة جسمه وسلامة أمواله. وهذا الحق يحتج به في مواجهة الكافة بصرف النظر عن مدى ما يتوافر لهم من إدراك. ومؤدى هذا أنه إذا وقع اعتداء على هذا الحق يلتزم مرتكبه أيا كان بالضمان، يستوي في ذلك جميع الأشخاص العاديون منهم وعديمو التمييز[3].

---

[1] عبد الرحيم عبد الله، فتحي: المرجع السابق، ص23.

[2] عبد الباقي مصطفى، أبو زيد: المرجع السابق، ص53 54.

[3] اللصاصمة، عبد العزيز: المرجع السابق، ص45.

يقول الدكتور أبو زيد عبد الباقي مصطفى في معرض انتقاده لفكرة الضمان "ونحن نعتقد أن فكرة الضمان لم تحل كما تصور الأستاذ ستارك المشكلة التي نحن بصددها. إذ أن الضمان لا يصلح في نظرنا أساسا للمسؤولية، فهو يأتي في مرحلة لاحقة على إسناد المسؤولية عن الفعل الضار. فالضمان لا يقوم، إلا إذا وقع اعتداء على حق جسماني، أو مالي للشخص. أي لا بد من تحقق المسؤولية عن فعل ضار. وهنا سوف يثور التساؤل عن أساس هذه المسؤولية. فإذا وقفنا على هذا الأساس سواء أكان هذا الأساس يتمثل في الخطأ أو المخاطر المستحدثة قلنا بوجوب الضمان لمصلحة المضرور. وهكذا نظل في حاجة الى البحث عن أساس لمسؤولية عديم التمييز"[1].

اخلص مما سبق إلى أنصار مسؤولية عديم التمييز وإن كانوا قد اتفقوا على ضرورة تقرير مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار، إلا أنهم اختلفوا في أساس هذه المسؤولية فمنهم من رأى في نظرية الخطأ بمفهومه المادي ما يحقق هذا الغرض. ومنهم من حاول البحث عن أساس آخر بعيدا عن نظرية الخطأ. وهؤلاء تعددت اتجاهاتهم بين نظرية المخاطر وفكرة العدالة وواجب المساعدة وفكرة الضمان. وقد لاحظت أن أيا من الاتجاهات السابقة لم يسلم من النقد. ويبدو أن نظرية الخطأ لا زالت هي أصلح أساس للمسؤولية متى أخذ الخطأ بمفهومه المادي أو الموضوعي الذي عرضه ودافع عنه الفقيه (مازوتنك).

ب - مدى تأثر القضاء الفرنسي بالاتجاه القائل بالمسؤولية

في ظل قانون نابليون كانت الغلبة أيضا لمبدأ عدم المسؤولية، إلا أنه قد وجدت أحكام قليلة قد اتجهت إلى الأخذ بمبدأ المسؤولية لعل أشهرها حكم محكمة (مونبلييه) الصادر في 31 مايو 1866م والذي قرر صراحة أنه في نطاق المسؤولية المدنية لا يعتد بالإرادة أو التبصر. ومن ثم فإذا كان قد تقرر إعفاء المجنون من المسؤولية الجنائية عن الفعل الضار الذي ارتكبه ضد الغير، فإن هذا لا يمنع المضرور من مطالبته بالتعويض هو أو من يتولى ملاحظته[2].

---

[1] عبد الباقي، مصطفى أبو زيد: المرجع السابق، ص55.

[2] مرقس، سليمان: المرجع السابق، ص238. عبد الباقي، مصطفى أبو زيد: المرجع السابق، ص56. اللصاصمة، عبد العزيز: المرجع السابق، ص31. أبو الخير، عبد السميع عبد الوهاب: المرجع السابق، ص95. عبد الرحمن، محمد شريف: المرجع السابق، ص119.

ج - مدى تأثر المشرع الفرنسي باتجاه أنصار المسؤولية

كان للأفكار التي نادى بها أنصار مبدأ المسؤولية أثرها الواضح على المشرع الفرنسي الذي بدأ يفكر بصورة جدية في معالجة الوضع القائم مقدراً أن أحكام كل من المادتين (1382) و(1383) تقصر عن استيعاب مسؤولية عديم التمييز دون إثارة خلاف، وأن الأمر يقتضي تدخلا تشريعيا صريحا لتقرير هذه المسؤولية، وقد بذلت عدة محاولات تشريعية لتحقيق هذا الغرض منها المشروع المقدم من (بواسيرن)، حيث تقد هذا الأستاذ باقتراح إلى مجلس النواب الفرنسي في 12 نوفمبر 1901م، يقضي بتعديل نص المادة 1382 من القانون المدني، بحيث تؤدي إلى تقرير مسؤولية المجنون عن الضرر الذي يقع منه على الغير. وقد وافق مجلس النواب على مشروع التعديل المقترح في 19 فبراير سنة 1902م، وأحيل إلى مجلس الشيوخ إلا أنه بعد مضي سبع وعشرون عاما على وجوده أمام المجلس، تقرر رفضه في 6 فبراير 1930م بحجة أن المشروع المقترح يتجاوز الغرض المقصود منه. إذ يؤدي إلى هدم نظرية الخطأ كأساس للمسؤولية وإحلال نظرية المخاطر محلها. ثم تلى ذلك مشروع قانون الالتزامات والعقود الفرنسي الايطالي الذي نص في المادة (76) منه إلى الأخذ بمسؤولية عديم التمييز عن أفعاله الضارة وإمكان رجوع المضرور عليه، حينما لا يمكنه الرجوع على من يسأل عن ملاحظته ورقابته. على أن يراعى القاضي ظروف الطرفين ومقتضيات العدالة عند الحكم بالتعويض. ولكن المشروع الفرنسي الايطالي لقانون الالتزامات لم يستكمل مراحله التشريعية[1].

الفرع الثاني: المرحلة الثانية المرتبطة بتعديل نص المادة (2/489) مدني فرنسي

إذا كان لم يقدر لأي من مشروعات القوانين المشار إليها أن يستكمل مراحله التشريعية، إلا أنه كان لها فضل التنبيه إلى ضرورة التدخل التشريعي، لعلاج الوضع القائم فيما يتعلق بمسؤولية عديم التمييز. وقد تحقق هذا بالفعل بتعديل نص المادة (2/489) من القانون المدني الفرنسي بمقتضى قانون 3 يناير 1968م الذي قرر المسؤولية المدنية للمرضى المختلين عقليا عما يأتونه من أفعال ضارة تقع على الغير.

---

[1] عبد الرحمن، محمد شريف: المرجع السابق، ص117. النقيب، عاطف: المرجع السابق، ص150.

أولا: تعديل نص المادة (2/489)

يرجع هذا القانون إلى مشروع تقدمت به الحكومة بتعديل نص المادة (2/489) تمت مناقشته في مجلسي البرلمان، وقد تمت الموافقة عليه، ولكن بعد إجراء تعديل جوهري على أصل نص المشروع الذي تقدمت به الحكومة.

إذ أن نص المشروع الذي تقدمت به الحكومة، كان يقرر أن من يلحق ضررا بغيره وهو تحت تأثير اختلال عقلي، يلتزم بتعويضه. ومع ذلك فإنه يكون للقضاء مع تقدير ظروف كل من المضرور ومرتكب الفعل الضار، أن يخفض مقدار التعويض. وإن كانت هذه السلطة لا تقوم في حالة ما إذا كانت مسؤولية المصاب باختلال عقلي تقوم باعتباره متبوعا أو مسؤولا عن الأشياء. إلا أن النص قد عدل في الصياغة النهائية أثناء المناقشات التي دارت حوله فحذفت الفقرة الأخيرة منه التي تجعل للقضاء سلطة تخفيض التعويض، بحيث أصبح في صياغته النهائية يقرر أن "من يلحق ضررا بغيره وهو تحت تأثير اختلال عقلي، يلتزم بتعويضه"[(1)].

ثانيا: المشكلات التي يثيرها النص

يمثل هذا النص تطورا هاما في موقف المشرع الفرنسي من مسؤولية عديم التمييز، التي رأينا أنها على مدى زمن طويل كانت ولا تزال محل جدل كبير بين الفقه والقضاء. إلا أنه من جهة أخرى قد أثار تساؤلات عديدة حول كثير من المسائل نظرا لأنه لم يحل المشكلة بصورة كاملة، وإنما اكتفى بحل جزئي تمثل في تقرير مسؤولية المختلين عقليا من البالغين وحدهم. وبذلك لم يتعرض لوضع عديمي التمييز بسبب صغر السن، كما أثار الخلاف حول وضع المختلين عقليا من القصر ومدى إمكان تطبيقه عليهم. كما أثار التساؤل حول مدى التعويض، وهل يلزم أن يكون كاملا أم يمكن أن يكون جزئيا.؟ كما أثار التساؤل من جديد حول أساسه القانوني. كما أن فريقا من الفقه قد أثار مشكلة التشدد البادي في النص. فهو وإن كان يحقق العدالة للمضرور، إلا أنه شديد القسوة على المريض باختلال عقلي. ومن ثم فقد حاولوا التخفيف

---

(1) مرقس، سليمان: المرجع السابق، ص251.

من قسوة الأحكام التي تضمنها النص الجديد، في محاولة لإقامة التوازن بين مصلحة المضرور ومحدث الضرر[1].

ثالثا: الأساس القانوني الذي يستند إليه نص المادة (2/489)

ثار التساؤل عن الأساس القانوني الذي يستند إليه نص المادة (2/489) الذي قرر مسؤولية المصاب باختلال عقلي. وهذا التساؤل ليس جديدا فقد سبق أن واجهته عند تعرضي لمبدأ مسؤولية عديم التمييز بصفة عامة.

ألاحظ أن الفقه ظل على تردده واختلافه الذي كان قائما قبل اعتناق المشرع صراحة لمبدأ المسؤولية. فأجد أن بعضهم يتمسك بأن الخطأ بمفهومه الموضوعي هو أساس المسؤولية، كما أن منهم من يأخذ بفكرة العدالة أساسا لها، بينما ظل البعض متمسكا بفكرة واجب المساعدة، كما استمر البعض على اعتناقه لفكرة الضمان[2].

وأعتقد كما سبق أن فكرة الخطأ بمفهومه الموضوعي تعد الأساس القانوني المناسب لهذه المسؤولية.

يعتبر نص المادة (2/489) خطوة محمودة خطاها المشرع الفرنسي بتقرير مسؤولية المرضى المختلين عقليا عن أفعالهم الضارة. ولكنها خطوة قاصرة، فقد كان ينبغي أن يأتي النص مقررا مسؤولية عديم التمييز بصفة عامة، مع وضع النص في مكانه المناسب بين النصوص الواردة في شأن المسؤولية عن الفعل الضار، حيث أن النص قد ورد في باب حماية المرضى المختلين عقليا بالغي سن الرشد. ويبدو في تقديري أن المشرع قد أخذ في خصوص هذا التعديل بالرأي القائل أن أساس مسؤولية عديم التمييز يكمن في الخطأ بمفهومه المادي.

---

[1] منصور، أمجد: المرجع السابق، ص11.

[2] اللصاصمة، عبد العزيز: المرجع السابق، ص46 47. وبنفس المعنى منصور، أمجد: المرجع السابق، ص12.

المطلب الثالث: الأساس الذي يستند إليه نص المادة (2/164) مدني مصري

يكاد ينعقد إجماع الفقه المصري على أن أساس المسؤولية الاستثنائية المنصوص عليها في الفقرة الثانية من نص المادة (164) هو فكرة تحمل التبعة أو التضامن الاجتماعي. فغير المميز يتحمل تبعة أفعاله الضارة ولكن في حدود معينة فهي مسؤولية مقررة على خلاف الأصل العام[1].

بينما ذهب البعض إلى تأسيسها على فكرة الضمان[2]. ومع ذلك فقد وجد من الفقه المصري من يقول بأن المسؤولية المدنية لم تتوافر أركانها. وأن النص يمثل التزاما قانونيا فرضه المشرع على كاهل عديم التمييز[3].

رأينا أن فكرة تحمل التبعة كأساس لمسؤولية عديم التمييز قد تعرضت للنقد من جانب الفقه الفرنسي. كما أن فكرة الالتزام القانوني الذي يفرضه المشرع بنص قانوني لا يصلح في رأيي أساساً للمسؤولية، لأن جميع الالتزامات أيا كان أساسها القانوني يجب أن يتضمنها مصدر من مصادر القانون سواء أكان التشريع، أو غيره من مصادر القانون المعروفة. وفارق كبير بين مصدر الالتزام وأساسه القانوني، أي الوسيلة الفنية التي يجد فيها أساسه. ولو أُخذت الأمور على هذا النحو لقلنا أن جميع الالتزامات مفروضة دون أن يعرف الأساس الصحيح لكل منها.

في حين أجد الدكتور أبو زيد عبد الباقي مصطفى يقول أن في الأخذ بفكرة الخطأ بمعياره الموضوعي ما يصلح أساسا مناسبا لمسؤولية عديم التمييز متى وضع في الاعتبار أن الاتجاه الحديث أصبح يعتد بمجرد وقوع الضرر لتقرير المسؤولية حماية للمضرور دونما أن يعبأ كثيرا بمدى إدراك مرتكبه[4].

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق أحمد: المرجع السابق، ص323. الشرقاوي، جميل: **النظرية العامة للالتـزام، الكتـاب الأول (مصادر الالتزام)**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1976، ص461. عكوش، حسن: المرجع السابق، ص58.

[2] منتصر، سهير: المرجع السابق، ص161 162.

[3] عامر، حسين: المرجع السابق، ص205.

[4] مصطفى، أبو زيد عبد الباقي: المرجع السابق، ص92.

من ناحية أخرى يقول الدكتور فتحي عبد الله أن المشرع المصري قد تدارك بهذا النص ما قد ينجم من ضرر بالمضرورين من وراء انتفاء المسؤولية لانعدام التمييز، وقرر مسؤولية عديم التمييز مسؤولية مخففة في حالات وفي حدود رسمها في النص المتقدم، وهي مسؤولية لا تقوم على الخطأ، وإنما تقوم كما هو الحال في الفقه الإسلامي على ضمان الإتلاف، فمن يرتكب فعلا يصيب الغير في نفسه أو ماله عليه الضمان. فالفقه الإسلامي يجعل الضرر علة وسببا للتضمين، فإذا وجدت العلة وجد المعلول. وإذا كانت مسؤولية عديم التمييز وفقا لنص المادة (2/164) ليست مطلقة كما هو الحال في القانون الفرنسي، إلا أنه يكون مسؤولا عن أفعاله التي تلحق ضررا بالغير بصرف النظر عن إدراكه ووعيه وتمييزه، فالمشرع المصري قرر في هذه الحالة مسؤولية موضوعية[1].

في رأيي أن المشرع المصري لم يأخذ بفكرة الخطأ بمعياره الموضوعي، كما أنه لم يأخذ بفكرة الضمان التي تقوم عليها مسؤولية عديم التمييز في الفقه الإسلامي، لأنه لو صح ذلك لكانت مسؤولية عديم التمييز أصلية لا استثنائية ووجوبية لا جوازية وكاملة لا مخففة، ولما كانت الفقرة الأولى من المادة (164) تقضي بكون الشخص مسؤولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز، وعليه فإن نظرية تحمل التبعة التي قال بها معظم الفقه المصري تبقى هي الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز التي تضمنها نص المادة (2/164).

---

[1] عبد الله، فتحي: المرجع السابق، ص60 61.

الفصل الثالث

مدى مسؤولية عديم التمييز في فقه الشريعة الإسلامية وفي القانون المدني الأردني

الفصل الثالث

مدى مسؤولية عديم التمييز في فقه الشريعة الإسلامية وفي القانون المدني الأردني

إن المتأمل لقواعد المسؤولية التقصيرية التي أخذ بها المشرع الأردني في ظل القـــانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م، يلاحظ في يسر تأثره الواضح بفقه الشريعة الإســـلامية في هذا الموضوع. ولذلك فإن بحثي لمدى مسؤولية عديم التمييز في القانون المـــدني الأردنـــي، ينبغي أن يكون مسبوقا ببحث مدى هذه المسؤولية في فقه الشريعة الإسلامية.

ارتأيت تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: موقف فقه الشريعة الإسلامية من مسؤولية عديم التمييز.

المبحث الثاني: موقف القانون المدني الأردني من مسؤولية عديم التمييز.

المبحث الثالث: الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز في القانون المدني الأردني.

المبحث الأول

موقف فقه الشريعة الإسلامية من مسؤولية عديم التمييز

لبحث موقف فقه الشريعة الإسلامية من مسؤولية عديم التمييز، ينبغي أن يتم ذلك في ضوء قاعدتين هامتين: أولاهما، أن المباشر ضامن وإن لم يتعمد (أو يتعد). وثانيتهما، أن المتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعديا. وهذا يقتضي أن اقسم هذا المبحث إلى مطلبين، أتكلم في أولهما عن المباشرة من حيث ما يقصد بها، وحكمها ومدى تطبيقها على عديم التمييز، كما أعرض في ثانيهما، للتسبب من حيث ما يقصد به وحكمه، ومدى تطبيقه على عديم التمييز.

المطلب الأول: المباشرة

الفرع الأول: المقصود بالمباشرة

أفاض الفقهاء في تعريف المباشرة، ويلاحظ أن تعريفاتهم وإن اختلفت في ألفاظها، إلا أنها جميعا تنتهي إلى إظهار علاقة السببية بين الفعل والنتيجة، فمتى ترتبت النتيجة على الفعل كان مباشرة[1].

أورد فيما يلي بعض هذه التعريفات في المذاهب الفقهية المختلفة. فعند الحنفية تؤخذ المباشرة من تعريفهم للمباشر، وهو "من يلي الأمر بنفسه"[2]. كما عرفها الكاساني بأنها "إيصال الآلة بمحل التلف"[3]. وهي عند المالكية "ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط"[4].

أما الشافعية فيعرفونها بأنها "ما يؤثر في الهلاك ويحصله"[5]. أما الحنابلة فيقول الدكتور أبو زيد مصطفى انه لا يعثر عندهم على تعريف للمباشرة، وإنما يجد لهم أمثلة عليها "كالجرح

---

[1] مهنا، فخري رشيد: **أساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز**، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الأنجلوسكسونية والعربية، رسالة ماجستير قدمت إلى جامعة بغداد، 1974، ص10.

[2] باز، سليم رستم: المرجع السابق، ص60 شرح المادة (92) من المجلة.

[3] الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج7، ط2، بيروت، دار الكتاب العربي، 1974، ص165.

[4] القرافي، شهاب الدين الصنهاجي: **الفروق وبهامشه عمدة المحققين وتهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية**، ج4، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر، الفرق 217، ص27.

[5] الشربيني، محمد الخطيب: **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، ج4، مصر، 1955، ص6.

بما له نفوذ كسكين وشوكة أو قتلة بمثقل، أو يلقي عليه حائط... أو يلقيه من شاهق، أو يلقيه في نار.. أو يخنقه بحبل... أو يسد فمه وأنفه"[1].

يعرف عند الشيعة الإمامية المباشر بأنه "موجد علــة كالأكــل، والإحــراق، والقتــل، والإتلاف"، والمباشرة عندهم هي عدم وجود واسطة بين التالف والمتلف"[2].

عرفتها مجلة الأحكام العدلية في المادة (887) بأن "الإتلاف مباشرة هو إتلاف الشــيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر".

عرفه الأستاذ علي الخفيف بأن ما كان "نتيجة مباشرة لما باشره المعتدي من فعــل دون أن يتوسط بينهما فعل آخر يتسبب عنه الضرر"[3]، وعرف باحثون آخرون المباشر بأنه هو من باشر الفعل الضار الذي ينشأ عنه الضرر الموجب للضمان والمباشرة معناها القيام بالفعل بنفسه دون واسطة[4]، كما أن منهم من ذكر أن المباشرة هي صفة للعلاقة السببية بين الفعل والنتيجــة دون النظر إلى صفة المتضرر، فمتى ما اوجد الفعل علة التلف كان الفعــل مباشــرة والفاعــل مباشر[5].

يلاحظ أن هذه التعريفات جميعها حاولت التركيز على إظهار علاقة السببية بين الفعــل وما نجم عنه، فمتى كان الفعل الضار قد أدى إلى إحداث الضر دون واسطة مهما كان نوعهــا ومصدرها، كان الفعل مباشرة، فالذي يقوم بكسر إناء أو مصباح، يعتبر فعله مباشــرة، وعليــه يمكننا القول أن الفعل يعتبر مباشرة متى ترتبت النتيجة على فعل الفاعل وحده، دون تدخل فعل،

---

[1] عبد الباقي مصطفى، أبو زيد: المرجع السابق، ص96 نقلا عن إبراهيم بن محمد بن سالم: **منار الســبيل فــي شــرح الدليل**، ج2، ص317 318.

[2] اللهيبي، صالح احمد: **المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة)**، ط1، عمان، دار الثقافــة للنشــر والتوزيع، 2004، ص21 نقلا عن محمد بن جمال الدين مكي العاملي: اللمعة الدمشقية، ج7، ط1، من منشورات جامعــة النجف الدينية، دون سنة طبع، ص30.

[3] الخفيف، علي: **الضمان في الفقه الإسلامي**، القسم الأول، ج1، القاهرة، معهد الدراسات القانونية والشــرعية، 1971 ص74.

[4] عواد، سيد عواد: **أحكام الضمان، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضــعي**، ط1، القاهرة، دار الطباعــة المحمدية، 1992، ص259.

[5] مهنا، فخري رشيد: المرجع السابق، ص69.

أو سبب آخر في وجودها، وأن الشخص يعتبر مباشرا للضرر متى حصل بفعله من غير أن يكون بين فعله والضرر واسطة.

الفرع الثاني: حكم المباشر في فقه الشريعة الإسلامية

القاعدة في فقه الشريعة الإسلامية أن المباشر ضامن وإن لم يتعمد، وهو ما نصت عليه صراحة المادة (92) من مجلة الأحكام العدلية. إلا أن بعض الفقه الحديث يذهب إلى أن الصياغة السليمة للقاعدة هي "أن المباشر ضامن وإن لم يتعد"[1].

يستند أصحاب هذا الاتجاه، إلى أن التعمد يقصد به إتيان الفعل بقصد الإضرار بنفس الغير أو بماله. أما التعدي فلا يقصد به سوى مجرد تجاوز الحدود المشروعة قانونا، دون قصد الإضرار بالغير. فجوهر الاختلاف بين التعمد والتعدي يكمن في كون المتعمد قد قصد النتيجة الضارة التي أدى إليها فعله، بينما لم يقصدها من تعدى. وهو ما يقابل في الفقه الحديث فكرة الخطأ العمدي، والخطأ غير العمدي، وينتهي أصحاب هذا الاتجاه إلى وجوب تعديل القاعدة القائلة بأن "المباشر ضامن وإن لم يتعمد" إلى أن "المباشر ضامن وإن لم يتعد". ففكرة التعدي أعم واشمل من فكرة التعمد، وهي تكفي للتضمين[2]. ويبدو أن فقهاء الشريعة الإسلامية، حينما استخدموا لفظة تعمد، لم يدركوا جيدا الفرق الدقيق بينها وبين لفظة التعدي، واعتبروهما لفظين مترادفين بدليل أن صاحب مجمع الضمانات قد أدرك هذه التفرقة عند صياغته للقاعدة، فاستعمل لفظة تعدى، ولم يستعمل لفظة تعمد[3].

أخلص مما سبق إلى أن القاعدة في فقه الشريعة الإسلامية أن المباشر ضامن وإن لم يتعمد (أو لم يتعد).

---

[1] الزحيلي، وهبة: **نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي**، ط1، دمشق، دار الفكر، 1970، ص196 وما بعدها. وفي الاتجاه نفسه حجازي، عبد الحي: المرجع السابق، ص567.

[2] حجازي، عبد الحي: المرجع السابق، ص567.

[3] البغدادي، أبو محمد بن غانم: **مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان**، الطبعة الأولى، مطبعة مصر الخيرية، 1308هـ، ص146.

الفرع الثالث: مدى انطباق حكم المباشر على عديم التمييز

يمكنني هنا أن أميز بين اتجاهين في فقه الشريعة الإسلامية. اتجاه الجمهور من ناحية، واتجاه بعض فقهاء المالكية من ناحية ثانية، وسأعرض لكلا الاتجاهين فيما يلي:

أولا: اتجاه الجمهور

يذهب جمهور الفقهاء على اختلاف مذاهبهم إلى القول بتضمين عديم التمييز، أي تقرير مسؤوليته متى كان مباشرا، لأن مسؤوليته تترتب بمجرد تحقق الضرر، ولا يلزم أن يكون الفاعل متعمداً، كما يذهب نص المجلة، أو متعديا كما يذهب الفقه.

على ذلك يسأل الصبي غير المميز وكذلك المجنون ومن في حكمهما متى ارتكب جناية على النفس أو على المال. فلو اتلف الصبي غير المميز أو المجنون مالا مملوكا لغيره ضمنه في ماله[1]. كذلك لو أتلف من في حكمهما كالنائم إذا انقلب على متاع وكسره يكون ضامنا لما أتلفه. لأن عديم التمييز وإن كان محجورا عليه في الأصل في تصرفاته القولية، إلا أن أفعاله الضارة لا يعفى منها. فيضمن ما يترتب عليها من ضرر للغير، وإن لم يكن له مال يستطيع دفعه حالا، فنظرة إلى ميسرة ولا يضمن وليه[2].

فالخلاصة إذن أنه متى ارتكب الشخص فعلا الحق ضررا بغيره، لزمه التعويض دون تمييز في ذلك فيستوي أن يكون مميزا أو عديم التمييز.

ثانيا: اتجاه بعض المالكية

برغم أن جمهور المالكية قد ذهبوا مع غيرهم من فقهاء المذاهب الأخرى إلى القول بتضمين عديم التمييز على النحو السابق، إلا أنني أجد بعض من قالوا بغير ذلك. فقد قال ابن

---

[1] الخفيف، علي: المرجع السابق، ص74. السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، ج1 القاهرة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1954، ص56.

[2] حيدر، علي: المرجع السابق، شرح المادة (916) من المجلة.

جزي "وأما الصبي الذي لا يعقل فلا شيء عليه فيما أتلفه من نفس أو مال كالعجماء، وقيل المال هدر، والدماء على العاقلة كالمجنون"[1].

كما جاء في الخرشي أنه متى كان الغاصب غير مميز "بل كان صغيرا أو مجنونا"، فقد أورد ابن الحاجب في ضمانه وعدمه ثلاثة أقوال، كما أورد بن عبد السلام اختلافا حول سن التمييز. وتتلخص الأقوال التي أوردها ابن الحاجب في مدى مسؤولية عديم التمييز فيما يأتي:

1. يضمن المال في ماله، والدية على عاقلته إن بلغت الثلث، وإلا ففي ماله.
2. لا يضمن المال، وأما الدية فعلى عاقلته أن بلغت الثلث، وإلا ففي ماله.
3. لا يضمن مالا ولا دية، ويكونان هدراً.

يرى ابن الحاجب على ما جاء به الخرشي أن الأولى القول بتضمينه[2].

المطلب الثاني: التسبب

الفرع الأول: تعريف التسبب

جوهر الاختلاف بين المباشرة والتسبب، أن الفعل في المباشرة يؤدي إلى حدوث النتيجة عادة دون واسطة. بينما يكون بين الفعل والنتيجة في التسبب واسطة تتخللهما، فلا يؤدي الفعل بمفرده إلى النتيجة. فهو وإن كان يوجد وضعا يترتب على وجوده وجود الضرر إلا أنه لا يستقل بإحداث النتيجة، وإنما تشترك معه عوامل أخرى[3].

---

[1] البرعي، صلاح حسن: المرجع السابق، ص408 نقلا **عن قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية** لمحمد بن أحمد بن جزي الغرناطي المالكي، القاهرة، عالم الفكر، 1975، ص349.

[2] الخرشي، محمد بن عبد الله: **حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل ومعه حاشية العدوي على الخرشي**، ج6 بيروت، دار صادر، بدون تاريخ، ص131.

[3] محمصاني، صبحي: المرجع السابق، ص183.

حول هذا المعنى تدور تعريفات الفقهاء. فنجد أن الإتلاف تسببا عند الكاساني هو "الفعل في محل يفضي إلى تلف غيره عادة"[1]، كما عرفه العز بن عبد السلام بأنه "إيجاد علة المباشرة"[2]. وعرفه القرافي بأنه "ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى، إذا كان السبب هو المقتضى لوقوع الفعل بتلك العلة"[3]. وذكر أمثلة على ذلك منها فتح القفص بغير إذن ربه فيطير ما فيه، والذي يحل دابة من رباطها، أو عبدا مقيدا خوف الهرب فيهرب لأنه متسبب سواء كان الطيران أو الهرب عقيب الفتح والحل أم لا[4].

عرفه عبد القادر عودة بأنه "هو ما احدث الجريمة لا بذاته بل بواسطة وكان علة للجريمة، كشهادة الزور على بريء بأنه قتل غيره فإنها علة للحكم على المشهود عليه بالموت ولكن الشهادة لا تحدث بذاتها الموت، وإنما يحدث الموت بواسطة فعل الجلاد الذي يتولى تنفيذ حكم القاضي الذي صدر بالموت. وكحفر بئر في طريق المجني عليه وتغطيتها بحيث إذا مر عليها سقط فيها وجرح أو مات، فالحفر هو علة الموت أو الجرح ولكن الحفر لا يحدث الجرح أو الموت بذاته، وإنما يحدثه بواسطة سقوط المجني عليه في البئر. ونستطيع أن نفرق بين المباشرة والتسبب، بان المباشرة تولد الجريمة دون واسطة وان السبب يولد المباشرة أو هو واسطة لتولد المباشرة التي تتولد عنها الجريمة"[5].

عرفت المادة (888) من مجلة الأحكام العدلية التسبب بأنه "إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر عادة، ويقال لفاعله متسبب". ومثلت لذلك بان من قطع حبل قنديل فسقط وانكسر يكون متسببا ومفضيا لسقوطه على الأرض وانكساره. فيكون بذلك قد اتلف الحبل مباشرة، وكسر القنديل تسببا. وكذلك إذا شق واحد ظرفا فيه سمن وتلف ذلك السمن يكون قد اتلف الظرف مباشرة، والسمن تسببا".

---

[1] الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود: المرجع السابق، ص165.

[2] إبن عبد السلام، العز: **قواعد الأحكام في مصالح الأنام** ج2، القاهرة، مطبعة دار الشرق، 1388هـ، ص155.

[3] القرافي، شهاب الدين الصنهاجي: المرجع السابق، ص27.

[4] المرجع السابق: ص27.

[5] عودة، عبد القادر: المرجع السابق، ص451.

يتضح من هذه التعريفات جميعها أنه يشترط في التسبب أن يكون من شأنه في العادة أن يفضي غالبا إلى الإتلاف، بمعنى آخر يشترط أن يكون الضرر الذي ترتب على الفعل نتيجة عادية متوقعة منه، وأنه بوجود التسبب توجد الرابطة بين الفعل والضرر، والتي ترتب مسؤولية المتسبب. أما إذا كان الضرر غير متوقع عادة من السبب الأصلي، فإنه لا مجال في هذه الحالة لقيام المسؤولية. وعلى ذلك فإنه إذا حفر شخص بئرا في ملك الغير ثم أتى آخر وألقى حيوانا أو إنسانا فيه فتلف، فإنه لا يمكن في هذه الحالة أن ننسب الضرر إلى من حفر البئر نظرا لتعذر اعتباره متسببا، كما أن السبب في ضمان المباشر وإن لم يتعمد (يقصد) والمتسبب إلا بالتعمد يرجع كما علل بعض الفقهاء إلى أنه عند المباشرة تظهر بجلاء سببية الفعل بالضرر دون نظر إلى فاعله وقصده، فوجب إلزامه بما يرفع هذا الضرر وذلك لانتسابه إليه وإحداثه إياه، أما عن المتسبب فإنه لا يكون لسببية الفعل هذا الظهور، وذلك نظرا لوجود فعل آخر مفضي إلى الضرر وفاصل بينه وبين الضرر مع تراخي الضرر عن الفعل المسبب[1].

الفرع الثاني: حكم المتسبب في فقه الشريعة الإسلامية

إذا كانت القاعدة أن المتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمدا كما جاء في المادة (93) من أحكام المجلة. وقد سبق أن ذكرت أن الاتجاه في الفقه قد آثر استخدام لفظة التعدي على لفظة التعمد الواردة في نص المادة (93) من المجلة.

كما هو واضح يلزم لتحقق المسؤولية أن يكون مرتكب الفعل الضار متعديا. ولذلك يكون من الضروري لبيان حكم المتسبب، أن نحدد المقصود بالتعدي باعتباره شرط المسؤولية. فقد يمارس الشخص حقه الشرعي دون تجاوز لهذا الحق، كاستعما حق الملكية وهو لا يسأل عما يحدثه من أضرار للغير نتيجة ممارسته لهذا الحق مادام يستعمله على الوجه الشرعي ومن ثم لا يكون متعديا. أما متى تجاوز حدود حقه الشرعي، فإنه يكون متعديا على حقوق غيره إلا

---

[1] الخفيف، علي: المرجع السابق، ص83. عودة، عبد القادر: المرجع السابق، ص451 وما بعدها. البرعـــي، صـــلاح: المرجع السابق، ص392 وما بعدها.

إذا اقترن هذا التجاوز بإذن من هذا الغير. فالتعدي إذن هو مجاوزة الشخص لحدود حقه الشرعي، وهذا قد يتم عمدا كما قد يتم إهمالا وتقصيرا[1].

لذلك يتعين حتى تتحقق المسؤولية في حالة التسبب، أن يتجاوز الشخص حدود حقه الشرعي بالتعدي على حق غيره، إما عمدا أو إهمالا أو تقصيرا. وهنا يثور التساؤل عن مدى إمكان تحقق مسؤولية عديم التمييز في حالة التسبب.

الفرع الثالث: مدى مسؤولية عديم التمييز عن فعله الشخصي في حالة التسبب

يبدو أن فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى لم يعرضوا لهذه المسألة اكتفاء بالنظر على وجه العموم، ومن غير تفصيل فيما إذا كان التمييز لازما لقيام الضمان، أو غير لازم. ومن ثم لا يكون أمامي سوى البحث فيما ذهب إليه الفقهاء المحدثون في هذا الموضوع. واستطيع أن أقول ابتداء أنه في حالة التسبب عمدا لا خلاف في استلزام التمييز، لأن العمد يقتضي وجود إرادة متجهة إلى قصد إحداث النتيجة، والإرادة تستلزم توافر الإدراك أو التمييز. وعلى ذلك ففي حالة التسبب تعمدا يسأل عديم التمييز عن فعله الضار. أما الصورة الثانية وهي حالة التسبب إهمالا أو تقصيرا، فقد أثارت الخلاف في الفقه الحديث. ويمكنني رد هذا الخلاف إلى اتجاهين، يذهب أولهما إلى تقرير مسؤولية عديم التمييز في حالة التسبب إهمالا، بينما يذهب ثانيهما إلى عدم المسؤولية، وسأعرض لكلا الاتجاهين فيما يلي.

أولا: الاتجاه القائل بالمسؤولية

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بمسؤولية عديم التمييز في حالة التسبب، ويستندون في ذلك إلى أن العبرة تكون بالنظر إلى ذات الفعل، لا إلى شخص الفاعل فمتى كان الفعل محظورا وأتاه الشخص كان من قبيل التعدي الموجب للضمان[2].

---

[1] محمصاني، صبحي: المرجع السابق، ص174.

[2] مدكور، محمد سلام: **مباحث الحكم عند الأصوليين**، ج1، القاهرة، مطبعة لجنة البيان العربي، 1964، ص231. أبو زهرة، محمد: المرجع السابق، ص328. عبد الباقي، عبد الفتاح: **مصادر الالتزام في القانون الكويتي مع المقارنة بالفقه الإسلامي وأحكام المجلة**، الجزء الثاني (المصادر غير الإرادية)، الكويت، منشورات جامعة الكويت، 1974، ص231. مهنا، فخري رشيد: المرجع السابق، ص91 وما بعدها.

قد ذكر الأستاذ علي الخفيف أنه "إذا كان الضرر قد نشأ بطريق التسبب، فلا ضمان على من أحدث الفعل المتسبب، وهو الفعل الأول الذي لم يترتب عليه الضرر مباشرة إذا لم يكن معتديا فيه اتفاقا"[1]. ثم أورد في الهامش تعليقه على هذا بقوله "ذلك ما يدعو إلى النظر فيما إذا كان المسبب صبيا أو مجنونا فهل ينظر إلى أهليته، فلا يعد الفعل الذي يصدر من اعتداء مسببا، لعدم تصور التعدي منه فلا ضمان عليه. حينئذ، أو ينظر إلى نفس الفعل، وكونه محظورا ليعد اعتداء، ويكون عليه الضمان. ذلك ما لم أره، ويظهر من إطلاقهم في فاعل الفعل الأول اعتبار النظر الثاني، محافظة على الأموال"[2].

يدعم الأستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي هذا الرأي بقوله "إن الإدراك أو التمييز غير لازم، حتى في حالة الضرر الذي يحدث تسببا. ذلك لأن الفقهاء عند قولهم في مجموعهم بأن الصبي غير المميز أو المجنون مثلا يتحمل بالضمان في ماله عن التلف الذي يحدثه لم يفرقوا في ذلك بين التلف الذي يحدثه بفعله مباشرة وبين ذلك الذي يكون متسببا فيه، والمطلق يؤخذ على إطلاقه"[3]. ثم أضاف أنه يقصد بالتعدي في ضوء الأمثلة التي ذكرها فقهاء المسلمين "إتيان شخص أمرا لا حق له فيه كمن يحفر حفرة في طريق عام، فالنظر إلى ذات الفعل الذي سبب الضرر لا إلى فاعله. بل إن هذا النظر هو الذي يتمشى مع النزعة الغالبة في الفقه الإسلامي، وهي نزعة مادية موضوعية، لا نزعة شخصية ذاتية"[4].

هكذا ينتهي هذا الاتجاه إلى القول بأن التعدي المتمثل في صورة إهمال يصدر عن أي شخص، مدركا كان أو غير مدرك، هو معيار موضوعي مجرد، لا يعتد فيه بالظروف الشخصية للفاعل، ومنها انعدام التمييز، ومن ثم يوجب المسؤولية التقصيرية[5].

---

[1] الخفيف، علي: المرجع السابق، ص75.

[2] المرجع السابق: هامش ص75.

[3] عبد الباقي، عبد الفتاح: المرجع السابق، هامش ص34.

[4] المرجع السابق: هامش ص34.

[5] مهنا، فخري رشيد: المرجع السابق، ص83.

ثانيا: الاتجاه القائل بعدم المسؤولية

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى ضرورة التمييز بين المباشر والمتسبب. وإذا كانت القاعدة صريحة في عدم استلزام التمييز في حالة المباشرة، إلا أن الأمر على خلاف ذلك في حالة التسبب، التي تقتضي التعمد أو التعدي، أي الخطأ والخطأ يستلزم بالضرورة أن يكون المخطئ مميزا[1].

إذا كان هذا المفهوم التقليدي لفكرة الخطأ الذي يقيسها بمعيار شخصي من انحراف في السلوك عن إدراك وإرادة. إلا أن الأستاذ الدكتور منصور مصطفى منصور يدافع عن الفكرة وضرورة التمييز من زاوية أخرى. فيقول "أننا حتى لو أخذنا بالمعيار الموضوعي للخطأ لا بالمعيار الشخصي أو الذاتي، فإن هذا المعيار يستلزم ضرورة توافر قدر من الإرادة، نظرا لأن الإنسان وهو مخير يستطيع أن يوجه سلوكه، ويمارس من صور النشاط ما يتلاءم مع قدراته، بحيث يكون هذا السلوك مقبولا، وفقا لما ألفه المجتمع في مثل الظروف التي ظهر فيها هذا السلوك. وعلى هذا الأساس ينظم الناس علاقاتهم بعضهم بالبعض الآخر، كل يولي غيره قدرا من الثقة، ويتوقع منه نمطا معينا من السلوك"[2].

برغم ما قد يبدو من قوة منطق الاتجاه الثاني في رفض تضمين عديم التمييز في حالة التسبب إلا أن الاتجاه الأول أولى بالتأييد في اعتقادي ذلك أنه قد أسس على قواعد من فقه الشريعة الإسلامية الغراء.

فالضمان من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف وهو ما يقضي بترتيب المسبب على سببه. ومن ثم كان الإتلاف بدون حق الواقع من عديم التمييز سببا لوجوب الضمان في ماله، نظرا لتمتعه بأهلية الوجوب التي يستلزمها خطاب الوضع، ومناطها الإنسانية. وهذه الإنسانية تجعل له حقوقا وذمة تتحمل هذه الحقوق. ومن ثم تكون له ملكية فيكون عليه مئونتها وتكليفاتها

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق أحمد: المرجع السابق، هامش ص56. حجازي، عبد الحي: المرجع السابق، ص41، 42. مصطفى منصور، منصور: **الخطأ في المسؤولية المدنية (دراسات معمقة في القانون المدني لطلاب دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص)**، الكويت، منشورات جامعة الكويت، 1974، ص76.

[2] مصطفى منصور، منصور: المرجع السابق، ص70.

من وجوب زكاة الزروع والثمار، وبالمثل وجوب الضمان في ماله عما يلحقه بالغير من ضرر، وإذا كانت أهلية الأداء لا تتوافر لعديم التمييز، فإن الذي يقوم بالأداء هو من له الولاية على ماله[1].

أرى الأخذ بهذا الحكم دون تفرقة بين المباشرة والتسبب، ففي كليهما تتوافر علاقة السببية بين الفعل والنتيجة التي تؤدي إلى وجوب الضمان، وإن كانت في الأولى مباشرة وفي الثانية غير مباشرة، إلا أنه يكون لها دور في وقوع النتيجة الضارة، وهو ما يبدو من الأمثلة التي ذكرها الفقه والتي أشرت إلى بعضها من قبل.

كما أن الضمان من الجوابر، وهي شرعت لجلب ما فات من المصالح بخلاف الزواجر فإنها شرعت لدرء المفاسد. فأساس الضمان الجبر، لا الجزاء والعقوبة وقد أريد به رفع الضرر لعموم قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"[2]. ولا شك أن إتلاف عديم التمييز مالا لغيره إضرار به يتعين رفعه، وهو ما لا يتحقق إلا بتعويضه من ماله، حتى يتحمل تبعة فعله الضار[3]. وهو ما قال به فقهاء المسلمين دون تمييز في ذلك بين الخاطئ والعامد، والجاد واللاعب، والعاقل والمجنون، والبالغ والصبي[4].

كذلك ما اشتهر عن الحنفية من قول بأن "الصبي المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله فيضمن ما أتلفه من المال"، وقولهم بأن "الحجر يقع على الأقوال دون الأفعال". أي أن المحجور عليه يسأل عن أفعاله، لا عن عقوده وإقراراته. وهو ما عبرت عنه المادة (960) من المجلة بقولها "المحجورون... وإن لم يعتبر تصرفهم القولي...، لكنهم يضمنون حالا الضرر والخسارة الذين نشآ من فعلهم. مثلا يلزم الضمان على الصبي إذا اتلف مال الغير وان كان غير مميز".

---

[1] أبو زهرة، محمد: المرجع السابق، ص328 329.

[2] إبن مالك، أنس: **موطأ مالك**، تحقيق محمد الماجدي، ج1، ط1، كتاب الأقضية، باب الْقَضَاءِ فِي الْمِرْفَقِ، الحديث رقم 1435، بيروت، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، 2001، ص711.

[3] مهنا، فخري رشيد: المرجع السابق، ص99.

[4] الخفيف، علي: المرجع السابق، ص69.

أخلص مما سبق إلى أنه يجب الأخذ بالاتجاه القائل بضرورة تضمين عديم التمييز، وبعبارة الفقه الحديث تقرير مسؤوليته عما يأتيه من أفعال ضارة بالغير، يستوي في ذلك كونه مباشرا أو متسببا.

المطلب الثالث: مدى مسؤولية عديم التمييز في فقه الشريعة الإسلامية باعتباره حارسا للأشياء

إذا كنت قد انتهيت وفقا للاتجاه الذي رجحته إلى الأخذ بمسؤولية عديم التمييز عما يحدثه من أفعال ضارة، سواء وقع منه ذلك بطريق المباشرة بمجرد إتيان الفعل، وتحقق النتيجة الضارة، أو بطريق التسبب على أساس حدوث إهمال أو تقصير من جانبه، يعد قد تحقق بوقوع الفعل الضار في ذاته.

ومتى طبقت هذه القاعدة على عديم التمييز الذي تكون له السيطرة الفعلية على شيء من الأشياء الحية أو غير الحية، فإن الأمر يكون على النحو التالي:

الفرع الأول: حالة كونه حارسا للأشياء الحية (الحيوان)

إذا توافرت لعديم التمييز حراسة الحيوان أي السيطرة الفعلية عليه، فإن فقهاء المسلمين قد اعتبروه مباشرا لما يقع منه من ضرر للغير، فيكون ضامنا له. وقد تردد قولهم صراحة أنه "لو أن دابة يركبها إنسان داست شيئا بيدها أو رجلها في ملكه، أو في ملك الغير وأتلفته يعد الراكب أنه أتلف ذلك الشيء مباشرة فيضمن في كل حال"[1]. وقد قرر الفقهاء هذا الحكم تأسيسا على أن ما حدث من ضرر للغير أثناء سير الدابة، إنما كان نتيجة ثقله وثقل الدابة، لأن ثقل الدابة تابع له، وسيرها مضاف إليه. فالدابة إذن تعتبر مجرد آلة بين يديه[2].

---

[1] المادة (936) من مجلة الأحكام العدلية.

[2] باز، سليم رستم: المرجع السابق، ص529 تعليقه على المادة (933) من المجلة.

أرى أن هذا الحكم منطقي إلى درجة كبيرة، فالضرر الذي يقع على الغير أثناء امتطاء الإنسان للدابة هو ضرر واقع بفعل ثقله وثقلها، وسيرها وفعلها مضاف إليه، وهي بالفعل كالآلة بين يديه، وعليه وجب تضمينه.

الفرع الثاني: حالة كونه حارسا للأشياء غير الحية

لو أن صغيرا أو مجنونا أو عديم تمييز بصفة عامة كانت له السيطرة الفعلية وهي قوام الحراسة على سيارة أو آلة حادة كسكين، أو نحوها ارتكب بأي منهما حادثا الحق ضررا بالغير، فإنه يكون مباشرا للضرر، فتتحقق مسؤوليته تطبيقا لقاعدة "أن المباشر ضامن ولأن لم يتعد". وقياسا على ما أخذ به فقهاء الشريعة في شأن حارس الحيوان[1].

[1] الخفيف، علي: المرجع السابق، ص241. عبد الباقي، عبد الفتاح: المرجع السابق، ص127.

المبحث الثاني

موقف القانون المدني الأردني من مسؤولية عديم التمييز

تقوم المسؤولية في القانون المدني الأردني على الضرر وليس على الخطأ الذي يتطلب الإدراك للانحراف عن السلوك المألوف، فالخطأ في القانون المدني الأردني يرادف أو يماثل التعدي في الفقه الإسلامي، ومن الملاحظ أن المسؤولية في القانون المدني الأردني الذي تأثر بالفقه الإسلامي بالنسبة لمن يضر بغيره مسؤولية مالية لا تقوم على الخطأ، بل على الضرر، ولذا لا يشترط في المسؤولية المالية أن يكون مرتكب الفعل مميزا، لأن غير المميز يكون مسؤولا في حالة إذا اتلف مالا مملوكا لشخص آخر. وسأعرض في المطالب التالية للقاعدة العامة في مسؤولية عديم التمييز في ظل القانون المدني الأردني، وللفرق الذي ورد فيه بين حكم المباشرة وحكم التسبب، وأيضا لحالة إذا ما تعذر الحصول على التعويض من غير المميز.

المطلب الأول: القاعدة العامة

تنص المادة (256) مدني أردني على أنه "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"[1]، وعليه فإن القانون المدني الأردني قد جعل أساس المسؤولية هو الفعل

---

[1] وفي هذا الصدد قضت الهيئة العامة لمحكمة التمييز الأردنية في قرار حديث لها أنه "يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع إذا توافر قصد التعدي، أو إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة، أو إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر، أو إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة كما تقضي بذلك المادة (66) من القانون المدني. وإن كل إضرار بالغير يلزم فاعله بضمان الضرر ولو كان غير مميز كما تقضي بذلك المادة (256) من القانون ذاته. وأن مسؤولية المدعى عليه عن الضمان ترتفع إذا قام الدليل على أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي كالآفة السماوية أو الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر ما لم يقضي القانون أو الاتفاق بغير ذلك المادة (261) من القانون المدني. وأنه إذا تعدّد المسؤولون عن فعل ضار فإن كلاً منهم مسؤولٌ بنسبة نصيبه (م 265 مدني). وأنه إذا اشترك المتضرر بفعله بإحداث الضرر أو زاد فيه فإن للمحكمة إنقاص مقدار الضمان أو عدم الحكم به (م 264 مدني). وفي الحالة المعروضة فإن تعليمات قواعد الاشتباك / رد الفعل السريع الصادرة عن قيادة المنطقة العسكرية الشمالية والمحفوظة صورة عنها في ملف الدعوى لم تراع عند إطلاق النار على مورث المميز ضدهم، فتكون الجهة المدعى عليها مسؤولة وفي حدود القانون عن ضمان الأضرار اللاحقة بهم. وإن محاولة المذكور عبور الحدود الأردنية بطريقة غير مشروعة ومن منطقة عسكرية يشكل اشتراكاً منه في إحداث الضرر المتمثل بوفاته، ما يوجب إنقاص الضمان. وعليه فإن القول بأن الجهة المدعى عليها ليست مسؤولة عن الضمان مخالف لما هو ثابت بالبينة، فيكون قرار الهيئة العادية واقعاً في محله". **(تمييز حقوق رقم 2007/761 بتاريخ 2007/7/1 منشور على موقع مركز عدالة للمعلومات القانونية www.adaleh.info/more.asp?newsID=40&catID=2 =**

الضار ولم يأخذ بالخطأ (النظرية الشخصية)، وقد اقتبس القانون المدني الأردني هذا الحكم من الفقه الإسلامي الذي لم يأخذ بفكرة الخطأ في التصرفات الفعلية، فسواء كان محدث الضرر متعديا أو غير متعد وسواء كان متعمد أو غير متعمد أو مميز أو غير مميز فهو ضامن لفعله[1].

جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني أن "هذه القاعدة تستند على ما هو مقرر في الشريعة الإسلامية من أنه (لا ضرر ولا ضرار) (م19 مجلة) و(الضرر يزال) (م20 مجلة) أو (إذا بطل الأصل يصار إلى البدل) (م53 مجلة)... ويغني لفظ (الإضرار) في هذا المقام عن سائر النعوت والكنى التي تخطر للبعض في معرض التعبير كاصطلاح (العمل غير المشروع) أو (العمل المخالف للقانون) أو (الفعل الذي يحرمه القانون)، وغني عن البيان أن سرد الأعمال التي يتحقق فيها معنى الإضرار، في نصوص التشريع لا يكون من ورائه إلا إشكال وجه الحكم ولا يؤدي قط إلى وضع بيان جامع مانع. فيجب أن يترك تحديد ما فيه إضرار لتقدير القاضي وهو يسترشد في ذلك، بما يستخلص من طبيعة نهي القانون عن الإضرار من عناصر التوجيه. فثمة التزام يَفْرِضُ على الكافة عدم الإضرار بالغير، ومخالفة هذا

= **نظر هذا الموقع بتاريخ 2007/9/9 الواقع يوم الأحد الساعة الثامنة مساء)**. وقضت أيضا بأنه "1. يستفاد من المادة 256 مدني (التي تنص على أن كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر) إن كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر بمعنى أن كل فعل يصيب الغير بضرر فاته يستوجب التعويض والفعل إما أن يكون ايجابيا أو سلبيا ويكون من ضمنه العمل غير المشروع أو العمل المخالف للقانون أو الفعل الذي يحرمه القانون ويتناول التعويض أو حق ضمان الضرر الأدبي والمعنوي تطبيقا لنص المادة (1/267) من القانون المدني والتي تقضي بأن كل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المعتدي مسؤولا عن الضمان. 2. يحكم القاضي بالتعويض للمضرور عما يصيبه في جسمه أو يمس شرفه أو سمعته أو كرامته أو مركزه الاجتماعي تبعا لقاعدة لا ضرر ولا إضرار وهي قاعدة عامة لا يجوز قصرها على الضرر المادي لأن ذلك تخصيص بغير مخصص". **(تمييز حقوق رقم 1990/925 منشور على موقع التشريعات الأردنية نظام المعلومات الوطني www.lob.gov.jo، نظر هذا الموقع بتاريخ 2007/9/9 الواقع يوم الأحد الساعة الثامن مساء).**

[1] أحمد، محمد شريف: **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999، ص210. أبو شنب، أحمد عبد الكريم: بحث بعنوان **(الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الشيء في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي)**، دراسة مقارنة، منشورة على موقع الدليل الالكتروني للقانون العربي www.arablawinfo.org، ص11، نظر هذا الموقع بتاريخ 2006/11/15 الواقع يوم الأربعاء الساعة 10:00 مساء. الخشروم، عبد الله: بحث بعنوان **(الحق في التعويض الناشئ عن التعدي كوجه من وجوه الحماية المدنية للعلامة التجارية)**، دراسة في التشريع الأردني، منشورة على موقع الدليل الالكتروني للقانون العربي www.arablawinfo.org ص8، نظر هذا الموقع بتاريخ 2006/12/23 الواقع يوم السبت الساعة 7:00 مساء.

النهي هي التي ينطوي فيها الإضرار. ويقتضي هذا الالتزام تبصرا في التصرف، يوجب إعماله بذل عناية الرجل الحريص...والمقصود بالإضرار هنا (مجاوزة الحد) الواجب الوقوف عنده أو (التقصير عن الحد) الواجب الوصول إليه في الفعل أو الامتناع مما يترتب عليه الضرر، فهو يتناول الفعل السلبي والفعل الايجابي، وتنصرف دلالته إلى الفعل العمد والى مجرد الإهمال على حد سواء، ذلك أن الفقه الإسلامي كما يعرف الخطأ الايجابي وهو ظاهر يعرف الخطأ السلبي ويسميه (التقصير) و(عدم التحرز والتفريط)... وخلاصة القول في ذلك أن الفعل إذا كان مؤديا إلى الضرر في ذاته استوجب ضمان ما ترتب عليه من تلف، لأنه حينئذ يكون فعلا محظورا بالنظر إلى نتائجه فتقع تبعته على فاعله، فإن كان فاعله عديم الأهلية لم يؤثر ذلك في أنه فعل ترتب عليه ضرر بالغير اوجب الشارع رفعه لحديث (لا ضرر ولا ضرار) وذلك يوجب رفع الضرر مطلقا سواء احدث من مكلف أو من غير مكلف ولا سبيل إلى رفعه في هذه الحال إلا بإيجاب الضمان في ماله... أما في الفقه الإسلامي فمسؤولية من يضر بغيره مسؤولية مالية لا تقوم على الخطأ بل على الضرر ولذا لا يشترط في المسؤولية المالية أن يكون مرتكب الفعل الضار مميزا"[1].

أشارت المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني أيضا إلى نص المادتين (916) و(960) من مجلة الأحكام العدلية السابق ذكرهما بقولها "ويلاحظ أن المجلة قصرت نص المادة (960) ما (إذا اتلف صبي مال غيره) وألزمته الضمان مع أن الحكم في إتلاف النفس كذلك، وقد أجيب بأن هذا القصر من المجلة لأنها لا تبحث إلا في الأموال. وقد رؤي في المشروع استعمال لفظ عام ليشمل الأموال والأنفس جميعا"[2].

وجه الدكتور مصطفى الزرقا انتقادات عدة لنص المادة (256)، حيث اعتبر أن هذه المادة قد أطلقت الإضرار ورتبت الحكم وهو ضمان الضرر على هذا الإطلاق في الإضرار دون تقييد له بأي قيد. وهذا بلا شك ليس على إطلاقه لا بالنظر الشرعي ولا بالنظر القانوني،

---

[1] **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، الطبعة الثانية، المادة (256)، إعداد المكتب الفني لنقابة المحامين الأردنيين، عمان، مطبعة التوفيق،** 1987 ص276 277.

[2] المرجع السابق: ص280.

بل هو مقيد في الواقع بما إذا كان الإضرار (أو الفعل الضار) من قبيل التعدي، لتخـــرج بهـــذا التقييد صور كثيرة للإضرار لا تستلزم الضمان الذي قررته هذه المادة، لانتفاء التعـــدي عنهـــا. وذلك كالشخص المكلف بتنفيذ الحدود أو التعازير بالمجرمين. وكذلك مـــن يمارســـون حقوقـــا مشروعة، كما لو أراد شخص ذو مهنة كحلاق مثلا، أن يفتتح محلا في قرية فيها حلاق وحيـــد قبله، فإن القديم يتضرر حتما من افتتاح مزاحم له، ولكن عمل هذا المزاحم مشروع وإن تضرر منه ذاك، لأن ذلك من الأعمال المشروعة ويدخل تحت القاعدة القائلة أن (الجواز الشرعي ينافي الضمان) (م91 من المجلة)، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية تحت هذه المادة أن لفظ الإضـــرار في هذا المقام يغني عن سائر النعوت والكنى التي تخطر للبعض... كاصـــطلاح العمـــل غيـــر المشروع، أو العمل المخالف للقانون...، ولا يرى الدكتور الزرقا أن هذا مسلم به، بل لا بد من تقييد الإضرار بوصف التعدي ليكون تعميم الحكم سليما[1].

يضيف الدكتور الزرقا "بما أن مواد هذا الفصل، أي فصل الفعل الضار، تتضمن أحكاماً تخص بعض حالات تقيِّد هذا العموم الذي تضمنته المادة الأولى (256) فإني أرى أن يضـــاف إليها في آخرها العبارة التالية: (... مع مراعاة ما يأتي من المواد الآتية)، كمـــا بينـــت المـــادة (256) أيضا أن ضمان الضرر لا يشترط فيه أن يكون المضر مميزا. فعديم التمييز لصـــغر أو جنون يضمن ما يحدثه من ضرر مطلقا بمقتضى هذه المادة، بينما سيأتي فـــي المـــادة التاليـــة (257) أن الضمان بالتسبب يشترط فيه التعدي أو التعمد...إلخ، مما يتنافى مع التعميم والإطلاق في المادة (256). وهذا مقتضى ثان لإضافة العبارة المقترحة آنفا وهي (... مع مراعاة ما يأتي في المواد الآتية). وأرى من الأفضل التعبير بالمسؤولية في هذا المقام بدلا من التعبير بالضمان أو التعويض أو سواهما، لأن لفظ المسؤولية أعم وأشمل ويدخل فيه كل صورة تفيدها التعـــابير الأخرى"[2].

---

[1] الزرقا، مصطفى: **الفعل الضار والضمان فيه، دراسة وصياغة قانونية مؤصلة على نصـــوص الشـــريعة الإســـلامية وفقهها انطلاقا من القانون المدني الأردني**، الطبعة الأولى، دمشق، دار القلم للطباعة والنشـــر والتوزيـــع،1408هـــ - 1988، ص71 72.

[2] المرجع السابق: ص72 73.

المطلب الثاني: الفرق بين حكم المباشرة وحكم التسبب

نصت المادة (257) على أنه "1. يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب. 2. فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضيا إلى الضرر"[1].

---

[1] وقد جاء في قرار صادر عن محكمة التمييز الأردنية "إن الطعن بأن كسر الماتور من جراء سقوطه من الرافعة أثناء عملية النقل لم يكن نتيجة فعل من أفعال التعدي ولا يستوجب التعويض هو طعن لا يقم على أساس لأن الشركة الناقلة في هذه الحالة تكون مباشرة للضرر والإضرار بالمباشرة يوجب الضمان ولو لم يتوفر شرط التعدي أو التعمد لأن الضمان لا شرط له في هذه الحالة عملا بأحكام المادة (257) من القانون المدني". **(قرار تمييز حقوق رقم 88/679 منشور في مجلة نقابة المحامين، تصدر عن نقابة المحامين الأردنيين، العدد 8 و9، لعام 1989، عمان، مطبعة التوفيق، 1989 ص1810).** وفي قرار آخر "1. إن المادة (93) من المجلة قد نصت على أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد، وإن من الحالات التي يتوفر فيها العمد حالة ما إذا كان في فعل المتسبب مخالفة لحكم القانون. 2. إن مخالفة المدعى عليه أحكام قانون النقل على الطرق يجعله بعمله غير المحق هذا مسؤولا مدنيا عن الأضرار التي لحقت بالسيارات الأخرى، كما تكون شركة التأمين المؤمنة مسؤولة مسؤولية مشتركة مع المدعى عليه عملا بأحكام المادة (104) من قانون النقل على الطرق". **(تمييز حقوق رقم 1979/372 منشور على موقع التشريعات الأردنية نظام المعلومات الوطني www.lob.gov.jo، نظر هذا الموقع بتاريخ 2007/9/9 الواقع يوم الأحد الساعة الثامن مساء).** وفي قرار آخر أيضا "1. كل إضرار بالغير يلزم فاعله بضمان الضرر إذا كان بالمباشرة ويشترط فيه التعدي أو التعمد إذا كان بالتسبب عملا بالمادتين (256 و 257) من القانون المدني وعليه فإن عدم اتخاذ شركة الكهرباء تدابير خاصة لأسلاك الضغط العالي المارة فوق أسطح المنازل لمنع حدوث الضرر للغير تعديا بالمعنى المقصود في المادة (257) المشار إليها، ويرتب مسؤولية شركة الكهرباء عن الأضرار اللاحقة بالمضرورة ولا يشترط ذلك صدور حكم جزائي بثبوت الضرر إذ قد يكون الضرر ناجما عن جرم جزائي أو عن فعل ضار لا يشكل جريمة. 2. لا يعتبر قيام المضرور بحمل الماسورة فوق = = سطح المنزل وتحريكها تحت خطوط الضغط العالي مساهمة منه في إحداث الضرر طالما كان تصرفه تصرف الشخص المعتاد". **(تمييز حقوق رقم 1993/466 منشور على موقع التشريعات الأردنية نظام المعلومات الوطني www.lob.gov.jo، نظر هذا الموقع بتاريخ 2007/9/9 الواقع يوم الأحد الساعة الثامن مساء).** ثم في قرار آخر "1. إن كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر عملا بالمادة 256 من القانون المدني. 2. يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضيا إلى الضرر. 3. يقع فعل الإضرار بالمباشرة إذا انصب فعل الإتلاف على الشيء نفسه ويقال لمن فعله فاعل مباشر، والمباشرة علة مستقلة وسبب للإضرار بذاته ولا يجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد أو عدم التعدي، وعليه فإذا كان سائق السيارة الشاحنة الذي صدم السيارة المتوقفة على يمين الشارع مما أدى إلى وفاة سائقها والحق بها أضرارا، مسرعا فتكون شركة التأمين المؤمنة على السيارة الشاحنة مسؤولة عن الفعل الضار وتلزم بالتعويض. 4. لا يحتج بقرار المدعي العام فيما قضى به لأنه ليس بحكم صادر عن المحكمة". **(تمييز حقوق رقم 1990/453 منشور على موقع التشريعات الأردنية نظام المعلومات الوطني www.lob.gov.jo، نظر هذا الموقع بتاريخ 2007/9/9 الواقع يوم الأحد الساعة الثامنة مساء).**

ورد في المذكرات الإيضاحية أن "1. هذه المادة تتناول طرق الإضرار وهل يشترط "التعمد" أو "التعدي" أم لا.؟ 2. وكلمتا "التعمد" و"التعدي" ليستا مترادفتين إذ المراد بالتعمد تعمد الضرر لا تعمد الفعل. والمراد بالتعدي ألا يكون للفاعل حق في إجراء الفعل الذي حصل منه الضرر. والشخص قد يتعمد الفعل ولا يقصد به الضرر ولكن يقع الضرر نتيجة غير مقصودة. فإذا كان الإضرار (كالإتلاف) بالمباشرة لم يشترط التعمد ولا التعدي وإذا كان بالتسبب اشترط التعمد أو التعدي وقد صيغ هذان الحكمان في الفقه الإسلامي في قاعدتين هما (المباشر ضامن ولو لم يتعمد أو يتعد" و(المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد أو التعدي). 3. ويكون الإضرار بالمباشرة إذا انصب فعل الإتلاف على الشيء نفسه ويقال لمن فعله (فاعل مباشرة) (م887 مجلة) بأن كان إناء فكسره مثلا. ويكون بالتسبب بإتيان فعل في شيء آخر فيفضي إلى إتلاف الشيء مثلا كقطع حبل معلق به قنديل فوقع القنديل وانكسر فهذا إتلاف للحبل مباشرة وللقنديل بالتسبب وكحفر بئر فوقع فيه إنسان فمات فموت الإنسان يكون بالتسبب (م 888 مجلة). ومرجع التفرقة في الحكم بين المباشرة والتسبب أن المباشرة علة مستقلة وسبب الإضرار بذاته فلا يجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد أو عدم التعدي أما التسبب فليس بالعلة المستقلة فلزم أن يقترن العمل فيه بصفة التعمد أو التعدي ليكون موجبا للضمان"[1].

كما وجه الدكتور الزرقا انتقادين رئيسيين لنص هذه المادة أيضا، حيث اعتبر أن مضمون الفقرة الأولى من المادة ليس من شأنه أن يكون مطلع مادة جديدة، لأنه في الحقيقة تعميم لحكم المادة السابقة فكان الأجدر في رأيه أن يذكر في نهاية المادة السابقة على سبيل التعميم بطريق التسوية بأن يقال (... سواء أكان الإضرار بالمباشرة أو التسبب). بالإضافة إلى اعتباره عبارة (... أو أن يكون الفعل مفضيا إلى الضرر) الوارد في نهاية الفقرة الثانية كشرط للضمان بالتسبب هي عبارة لا محصل لها. ذلك لأن كل تسبب مفضٍ إلى ضرر وإلا لا يسمى تسببا، فالإفضاء إلى الضرر هو جزء من مفهوم التسبب وليس شرطا يطلب فيه، ويرى الدكتور الزرقا أن المقصود بالإفضاء إلى الضرر هنا أمر آخر أسيء التعبير عنه، وهو أن يترتب الضرر على التسبب كنتيجة لازمة لا تتخلف عنه، كقطع حبل القنديل المعلق، المؤدي إلى

---

[1] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني: ص281 282.

سقوطه حتما، وبالتالي يوصي الدكتور الزرقا بحذف عبارة (... أو أن يكون الفعل مفضيا إلى الضرر)[1].

أوافق الدكتور الزرقا فيما ذهب إليه حيث أنه لا لزوم للفقرة الأولى من المادة (257) مدني أردني، وكان من الأسلم صياغة أن تلحق هذه الفقرة بنهاية الفقرة الأولى من المادة (256)، لأنها محصلة لها فالإضرار إما أن يكون بالمباشرة وإما أن يكون بالتسبب. كما أن عبارة مفضيا إلى الضرر لا لزوم لها، حيث أن التسبب قطعا سيؤدى إلى ضرر وإلا لما سمي تسببا، فهو تسبب بإحداث ضرر.

لاحظت أن المشرع الإماراتي قد وقع في الخطأ نفسه عند صياغته للمادتين (282) و(283) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985م، في حين أن المشرع الكويتي كان موفقا أكثر عند صياغته لنص المادة (227) من القانون المدني الكويتي[2] حيث نصت على أنه "1. كل من أحدث بفعله الخاطئ ضررا بغيره يلتزم بتعويضه، سواء أكان في إحداثه الضرر مباشرا أو متسببا. 2. ويلتزم بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخاطئ ولو كان غير مميز".

كما أنه قد يفهم من نص المادة (257) مدني أردني أن المباشر يضمن نتيجة فعله الضار في كل حال أي حتى لو لم يثبت صدور أي تعد أو تعمد منه في حين أن المتسبب لا يسأل إلا في حالة ثبوت تعمده أو تعديه، وقد يؤدي التطبيق الحرفي لهذه القاعدة بصورتها الصارمة إلى نتائج غير عادلة، ذلك أنه قد يفهم منها أن المباشر يسأل حتى لو كان الفعل الذي يترتب عليه الضرر فعلاً مشروعا أتاه المباشر، في حين أن التطبيقات الفقهية غير ذلك، فمثلاً أفتى الإمام أبو حنيفة بأنه لا مسؤولية على المباشر في حالة الدفاع المشروع، فمن "شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً أو شرع عصا ليلاً في مصر أو نهاراً في طريق غير مصر، فقتله

[1] الزرقا، مصطفى: المرجع السابق، ص73 74.

[2] صدر هذا القانون في أول أكتوبر عام 1980، ونشر في الجريدة الرسمية بالعدد 1335 الصادر في 5 ينـــاير 1981 بموجب مرسوم بالقانون رقم 67 لسنة 1980 بإصدار القانون المدني.

المشهور عليه عمداً فلا شيء عليه"[1]. كما أن مجلة الأحكام العدلية تضمنت في نصوصها كثيراً من الحالات التي تربط مسؤولية المباشر بالتعدي، فمثلاً نصت المادة (918) من المجلة على أنه "إذا هدم أحد عقار غيره كالحانوت والدار بغير حق فصاحبه بالخيار إن شاء ترك أنقاضه للهادم وضمنه قيمته مبنياً وإن شاء حطّ من قيمته مبنياً قيمة الأنقاض وضمنه القيمة الباقية، وأخذ هو الأنقاض"، حيث يتضح من هذه المادة أن مسؤوليته منوطة بالتعدي بغير حق، وعلى ذلك فإذا هدمه بحق لا يضمن، وكذلك في المادة (919) من المجلة بأنه "لو هدم أحد داراً بلا إذن صاحبها بسبب وقوع حريق في الحي وانقطع هناك الحريق، فإن كان قد هدمها بأمر أولي الأمر لا ضمان عليه، وإن كان قد هدمها من عند نفسه كان ضامنا"، حيث أجد من خلال هذه المادة أيضاً تعليق مسؤولية المباشر على التعدي المتمثل في مباشرة الهدم دون إذن شرعي، وفي المادة (920) منها التي نصت على أنه "لو قطع أحد أشجاراً في روضة غيره بغير حق فصاحبها مخير إن شاء أخذ قيمة الأشجار قائمة وترك الأشجار المقطوعة للقاطع وإن شاء حط من قيمتها قائمة قيمتها مقطوعة وأخذ الباقي والأشجار المقطوعة"، وهنا أيضاً تعليق لمسؤولية المباشر قاطع الأشجار على التعدي أي أن يكون فعله بغير حق، وكذلك في المادة (923) التي نصت على أنه "إذا جفلت الدابة من صوت البندقية التي رماها الصياد بقصد الصيد فوقعت وتلفت أو انكسر أحد أعضائها لا يلزم الضمان أما إذا كان الصياد قد رمى البندقية قاصدا إجفالها فإنه يضمن "، ونلاحظ هنا أيضا أن المجلة كانت واضحة في أنه لا مسؤولية على مباشر إطلاق النار إذا كان غير متعمد في حين أنه يسأل إذا كان يقصد من إطلاق النار إجفال الدابة، وغير ذلك من التطبيقات والأمثلة التي تدل على أن الفقهاء قد علقوا مسؤولية المباشر على التعمد أو التعدي، بل إن المشرع الأردني نفسه وبعد أن نص على القاعدة بصيغتها الصارمة "المباشر ضامن ولا شرط له"، قد عاد وأورد نصوصا تفيد إطلاق هذه القاعدة والتي يجب أن تفسر حسب قاعدة "حمل المطلق على المقيد" والمقررة في علم أصول الفقه الإسلامي[2]. وذلك كالمادة (61) مدني أردني "الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً

---

[1] البغدادي، أبو محمد بن غانم: المرجع السابق، ص185.

[2] حيث نصت المادة (3) من القانون المدني الأردني على أنه "يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي".

لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر"، وكذلك المادة (292) والتي جاء فيها "استعمال الحق العام مقيد بسلامة الغير فمن استعمل حقه العام وأضر بالغير ضرراً يمكن التحرز منه كان ضامناً"، وقد جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني تعليقاً على هذا النص "لكل أحد حق المرور في الطريق العام مع حيوانه، بناء عليه لا يضمن المار راكباً على حيوانه في الطريق العام الضرر والخسارة اللذين لا يمكن التحرز عنهما، فمثلاً لو انتشر من رِجل الدابة غبار أو طين ولوث ثياب الآخر أو رفست برجلها المؤخرة ولطمت بذيلها وأضرت لا يلزم الضمان ولكن يضمن الراكب الضرر والخسارة الذين وقعا من مصادمتها أو لطمة يدها أو رأسها لإمكان التحرز من ذلك"[1]، كما أن المشرع الأردني وفي المادة (261) مدني أردني قد أورد حكماً مفاده عدم مسؤولية المباشر أو المتسبب في حالة ما إذا قطعت الرابطة السببيّة بين فعل المباشر (أو فعل المتسبب) وبين الضرر الحاصل، كما أن المادة (262) مدني أردني قد نفت مسؤولية مرتكب الفعل الضار (مباشراً كان أو متسبباً) فيما إذا كان في حالة دفاع شرعي، كما أنه وبمقتضى المادة (263) مدني أردني تنتفي مسؤولية مرتكب الفعل الضار في حالة ما إذا كان موظفاً عاماً أقدم على فعله الضار تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيسه متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه، أو كان يعتقد أنها واجبة وأقام الدليل على اعتقاده بمشروعية العمل الذي وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة وأنه راعى في عمله جانب الحيطة والحذر. ومن كل ذلك أفهم أنه يمكن استخلاص قاعدة مقيدة لإطلاق القاعدة الرئيسة في ضمان المباشر مطلقاً، مؤداها أن المباشر لا يضمن إلاّ في حالة التعدي.

طالما أن الفقهاء المسلمين في التطبيق العملي يجعلون التعدي هو ركن المسؤولية سواء كان مرتكب الفعل الضار مباشراً أو متسبباً، وعلى ذلك فإنه لا تضمين بدون تعدّ حتى لو قامت الرابطة السببية بين الفعل الضار وبين النتيجة، من هنا تساءل بعض الباحثين عما إذا كانت هناك ثمة فائدة عملية في الإبقاء على التمييز بين المباشرة والتسبب[2]. في حين يرى الدكتور

---

[1] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني: ص327 328.

[2] الزعبي، محمد يوسف: **مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني**، بحث منشور على موقع الدليل الالكتروني للقانون العربي www.arablawinfo.org، ص31، نظر هذا الموقع بتاريخ 2007/5/13 الواقع يوم الأحد الساعة 9:00 مساء.

أحمد أبو شنب فائدتين على جانب كبير من الأهمية لهذه التفرقة بين المباشرة والتسبب، تتمثل الأولى في افتراض الرابطة السببية بين فعل المباشر وبين الضرر الحاصل، والثانية تتمثل في افتراض تعدي المباشر، وإن كان هذا وذاك قابلين للإثبات العكسي، في حين أنه في التسبب فإن الرابطة السببية وكذلك تعدي المتسبب إنما يقومان على القواعد العامة في الإثبات، بمعنى أنه يقع على المتضرر واجب الإثبات[1].

أجد أنه لا لزوم للتفرقة بين المباشرة والتسبب حسبما ورد في المادة (257)، وذلك بناء على ما استنتجته من التطبيقات الفقهية ونصوص المجلة والقانون المدني الأردني من أن التعدي عدا عن كونه شرط في التسبب فهو شرط في المباشرة أيضا، كما أن علاقة السببية هي شرط في المباشرة وشرط في التسبب أيضا، لأن التسبب لا يوجد الضرر مباشرة وإنما يوجد ما يقتضي وجود الضرر فيكون بذلك سببا لوجود الضرر وإن كان سببا غير مباشر، إلا أنه سبب كاف بحسب القانون المدني الأردني الذي جعل التسبب سببا للتعويض. فكل من المباشرة والتسبب سبب للضرر، وهذا القاسم المشترك بينهما، أما ما يميزهما عن بعضهما فهو درجة وقوة وضوح السببية بين كل من المباشرة والضرر والتسبب والضرر. فنجد السببية في المباشرة واضحة تماما بحيث لا يفصل بين الفعل والضرر فعل آخر، وتكون النتيجة ناتجة عن الفعل بشكل واضح لا ريب فيه، بينما نجد أن السببية في التسبب تكون غير مباشرة وقد تكون غير واضحة لحدوث أمر أو فعل يفصل بين الفعل وحودث الضرر.

لعل هذا ما دفع الدكتور أبو زيد مصطفى بأن يثني على موقف المشرع الكويتي في التسوية بين المباشرة والتسبب، فهو بحسب رأي الدكتور أبو زيد قد تجنب المشاكل التي تثور عادة عند التفرقة بين فكرة المباشرة والتسبب، فبرغم اهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية بتحديد ماهية كل منهما، إلا أنه كثيرا ما تدق التفرقة بينهما عند التطبيق[2].

---

[1] أبو شنب، أحمد عبد الكريم: المرجع السابق، ص12.

[2] عبد الباقي مصطفى، أبو زيد: المرجع السابق، ص119.

المطلب الثالث: تعذر الحصول على التعويض من غير المميز

حيث أن القانون المدني الأردني قد عد مسؤولية عديم التمييز مسؤولية أصلية كاملة، ومن ثم فهو مسؤول عن ضمان الأضرار التي يحدثها للآخرين مسؤولية كاملة. وقد يتعذر الحصول على التعويض من غير المميز، لذلك فإن هناك بعض البدائل التي نص عليها المشرع، فقد قررت المادة (288) مدني أردني مسؤولية متولي الرقابة عن الأعمال غير المشروعة الصادرة من الخاضعين لرقابتهم، وإن كان المشرع قد جعل هذه المسؤولية جوازية وأناط أمر تقديرها بالقاضي، وهذا ما عبرت عنه الفقرة الأولى من هذه المادة بقولها "1. لا يسأل أحد عن فعل غيره، ومع ذلك فللمحكمة بناء على طلب المضرور إذا رأت مبررا، أن تلزم بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر: أ- من وجبت عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية...".

كان أولى بالمشرع الأردني حماية لمصلحة المضرور أن يعتبر هذه المسؤولية وجوبية لا جوازية ومرهونة بمشيئة القاضي قد يقررها أو يرفضها. كما أن القانون المدني الأردني، وهو في سبيله لتأمين الحماية للمتضرر، قد نص على تحميل الدية للعاقلة أو الجاني، حيث تقول المادة (273) بأن "ما يجب من مال في الجناية على النفس وما دونها، ولو كان الجاني غير مميز، هو على العاقلة أو الجاني، للمجني عليه أو ورثته الشرعيين وفقا للقانون".

لا ريب أن تعويض الدولة للمضرورين يعد سبيلا قويا لتأمين مصلحة المضرور إذا ما أخذ به المشرع، على غرار ما فعلته بعض التشريعات الحديثة، خاصة عند عدم وجود عاقلة للجاني أو مع وجودها ولكنها لا تستطيع الوفاء[1].

---

[1] عودة، عبد القادر: المرجع السابق، ص678.

أصل مما سبق إلى أن المشرع الأردني قد عالج مسؤولية عديم التمييز متلمسا ذات النهج الذي اتجه إليه الفقه الإسلامي، آخذا بالمسؤولية الكاملة لعديم التمييز عن أفعاله الضارة، مؤسسا إياها على الإضرار وليس على الخطأ[1].

كان موقف المشرع الأردني أكثر توفيقا من المشرع المصري والمشرع الفرنسي، إذ إن مسؤولية عديم التمييز في هذين القانونين مسؤولية استثنائية وناقصة، انطلاقا من أنهما يربطان بين المسؤولية والتمييز، فالشخص في القاعدة العامة، لا يسأل عن أفعاله التي تضر بالآخرين إلا إذا كان مميزا في ظل هذين القانونين. والحق أن فكرة الخطأ بمفهومها التقليدي أساسا للمسؤولية لا تحقق العدالة.

بات من الضروري إجراء تعديلات تشريعية في كل من مصر وفرنسا بحيث تتقرر المسؤولية الكاملة لعديمي التمييز عن أفعالهم الضارة، وهذا ما يحقق مصلحة المضرور الذي تسعى جاهدة التشريعات الحديثة إلى إسباغ الحماية عليه. ولكي تتحقق العدالة وحتى لا تكون هناك تضحية بمصلحة طرف على حساب طرف آخر، فإن الأمر ينبغي أن يتم في إطار متوازن مراعاة لمصلحة عديم التمييز والمتضرر معا، حتى لا تختل المراكز القانونية لأي طرف من الأطراف.

---

[1] ومما تجدر الإشارة إليه أنني قد وجدت عددا من قرارات محكمة التمييز الأردنية تشترط الخطأ لإسناد المسؤولية للشخص وهذا ما لم يذهب إليه المشرع الأردني، ومن هذه القرارات ما قررته محكمة التمييز الأردنية من أن "الخطأ هو إخلال بالتزام قانوني، والالتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأ هو بذل العناية والتبصر في السلوك الواجب حتى لا يضر بالغير فإذا انحرف الشخص عن المألوف في سلوك الشخص العادي كان هذا الانحراف خطأ يستوجب المسؤولية التقصيرية. وبناء على ذلك، فإن عدم تبصر السائق والجهل بما يجب معرفته (باستعماله لضوابط السيارة أثناء سوقه للسيارة ليلا في جو ماطر وطريق منزلقة والتي تقضي أن لا يلجأ إلى استعمال الضوابط في مثل هذا الظرف لأن استعمالها يؤدي إلى الإخلال في توازن السيارة وانحرافها بالشكل الذي أدى إلى حادث الاصطدام) يترتب عليه التعويض الناشئ عن الخطأ المسبب لوقوع الحادث، وبالتالي فإن قرار محكمة الاستئناف القاضي بانتفاء المسؤولية التقصيرية عنه وما يترتب على ذلك من انتفاء مسؤولية شركة التأمين المؤمنة على سيارته خاطئ ويستوجب النقض". **(تمييز حقوق رقم 1987/574 منشور على موقع التشريعات الأردنية نظام المعلومات الوطني www.lob.gov.jo، نظر هذا الموقع بتاريخ 2007/11/22 الواقع يوم الخميس الساعة الخامسة مساء).** وما قررته أيضا بأنه "لا بد للحكم بالتعويض عن الضرر اللاحق بأي شخص على شخص آخر أن تقوم البينة على ارتكاب المدعى عليه خطأ ما بصورة ما وأن يثبت حصول الضرر وأن يكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر... ". **(تمييز حقوق رقم 96/316 منشور على موقع الأستاذ المحامي فراس سليمان القضاة www.qanoun.com، قسم اجتهادات المحاكم، نظر هذا الموقع بتاريخ 2006/9/4 الواقع يوم الاثنين الساعة 6:00 مساء).**

المبحث الثالث

الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز في فقه الشريعة الإسلامية وفي القانون المدني الأردني

نعلم أن القانون المدني الأردني قد استقى الغالب الأعم من أحكامه من الفقه الإسلامي، لأن مجلة الأحكام العدلية هي التي كانت سائدة قبل صدور مشروع القانون في أغسطس (آب) 1976، على أن يبدأ تطبيقه اعتبارا من 1977/1/1م كما جاء في المادة الأولى منه.

تعد مجلة الأحكام العدلية بمثابة قواعد شرعية مستقاه من الفقه الحنفي، وكان يرجى منها أن تكون قانونا مدنيا في الدولة العثمانية.

لما كانت مجلة الأحكام العدلية هي المصدر التاريخي للقانون المدني الأردني، وبالتالي فهي الواجبة التطبيق فيما لا يتعارض مع نصوص هذا القانون، وهذا هو الواضح من نص المادة الثانية من القانون حيث جاء فيها "فإذا لم تجد المحكمة نصا في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية". يتضح مما تقدم أن المشرع الأردني كان حريصا على أن تكون أحكام الفقه الإسلامي هي الأصل الذي يجب عدم مخالفته[1].

ينبني على ذلك أننا إذا أردنا أن نبحث أساس مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار في القانون المدني الأردني، فإنه يجب بحث هذا الموضوع في الفقه الإسلامي، وعليه فإنني سأعرض في المطلبين التاليين لضمان العدوان في الفقه الإسلامي ولأساس وجوب الضمان فيه.

---

[1] تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني "لأول مرة في تاريخ العرب الحديث تقوم المملكة الأردنية الهاشمية بإعداد مشروع قانون مدني يتناول أحكام المعاملات مستمد من الفقه الإسلامي بأحكامه الواسعة المتفتحة على الحياة، وقواعده المتطورة دائما مع متطلبات العصر والصالحة للغد ولتبدل الأزمان". (**المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني: ص16**).

المطلب الأول: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي

وسأدرس في هذا المطلب تعريف ضمان العدوان والتفرقة بين ضمان العدوان وضمان العقد بالإضافة إلى دراسة العلة التي يقوم عليها الضمان والمسؤولية المدنية.

الفرع الأول: تعريف ضمان العدوان

يعني ضمان العدوان شغل الذمة بحق مالي للغير جبرا للضرر الناشئ عن التعدي لمخالفة القواعد الشرعية العامة القاضية بحرمة مال المسلم ودمه وعرضه وسائر حقوقه، مما لا يرجع إلى واجب الوفاء بالعقود[1].

يتضح هذا التعريف بملاحظة المعاني الآتية:

1. يشمل الحق المالي واجب التعويض برد العين المملوكة للغير كما في الغصب أو بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعدي كما في التكليف بطم البئر التي حفرها شخص تعديا على ملك غيره. كما يشمل كذلك وجوب رد المثل والقيم والتعويض بأداء قدر من المال للمتضرر، كما في الجروح والشِجَاجْ وغيرهما من الإصابات.

2. القصد من شغل الذمة بهذا الواجب أو الحق هو رفع الضرر الناشئ عن التعدي.

3. الإضافة في ضمان العدوان من إضافة المصدر لفاعله وسببه، فإنما شغلت الذمة بالضمان نتيجة التعدي بارتكاب فعل محرم شرعا في أصله أو بالنظر إلى مآله أو بترك واجب التبصر والتحوط إعمالا لقاعدة "من ترك واجبا في الحفظ والصون ضمن".

4. أفعال العدوان الموجبة للضمان كثيرة ومتنوعة، تشمل الغصب والإتلاف بالمباشرة أو التسبب، ويشمل التعدي بالتسبب صورا كثيرة يصعب حصرها، من بينها على سبيل المثال الكف أو الترك والغرور وشهادة الزور والسعاية والترويع والتفزيع. والتعسف في استعمال الحقوق والإهمال في حفظ الحيوانات ورعاية من تجب رعايته.

---

[1] سراج، محمد أحمد: **ضمان العدوان في الفقه الإسلامي**، ط1، المؤسسة الجامعية، بيروت، 1993، ص84.

5. يختلف العدوان الموجب لهذا النوع من الضمان عنه في ضمان العقد من جهة أن الخطأ في ضمان العدوان هو السلوك مسلكا مخالفا لما أمر به الشارع وأوجبه على الكافة. أما الخطأ في ضمان العقد فينشأ بمخالفة ما أوجبه الشخص على نفسه باعتباره طرفا في علاقة عقدية.

6. يتعلق الضرر المنفي في ضمان العقد بالحقوق الشخصية التي تنشأ لفرد على غيره بدخوله معه في علاقة عقدية. في حين أن الضرر في ضمان العدوان يتعلق بالحقوق العامة التي تجب للفرد على الكافة كحقه في سلامة نفسه وممتلكاته والحقوق الشخصية هي التي تتعلق بذمة شخص معين عند قيام سببها. أما الحقوق الأخرى فهي التي تقوم بنفسها ولا تجب في ذمة أحد[1].

الفرع الثاني: المسؤولية المدنية والضمان

تنقسم المسؤولية المدنية إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية. والمسؤولية التقصيرية هي التي تعني ما يعنيه ضمان العدوان. وقد وردت المسؤولية في النصوص الشرعية، فمن ذلك قول الله تعالى ﴿وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا﴾[2]، أي مجازى به، وقوله تعالى ﴿وقفوهم إنهم مسؤولون﴾[3]، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم "كلكم راع وكل راع مسؤول عن رعيته"[4]. ومعنى تلك الكلمة في النصوص التبعة والمؤاخذة والمجازاة عن العمل الذي يقوم به المرء. وترادف كلمة المسؤولية. ويلاحظ وفقا لرأي الفقه الإسلامي أن الزواجر أو العقوبات هي موجب التكليف أو الخطاب الجنائي، على حين تعد الجوابر تكليف أو مسؤولية تنشأ عن الحكم بالضمان[5].

---

[1] سراج، محمد أحمد: المرجع السابق: ص84 85.

[2] سورة الإسراء: الآية 34.

[3] سورة الصافات: الآية 34.

[4] البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل: **صحيح البخاري**، ج2 كتاب الوصايا، القاهرة، طبعة دار الحديث، ص101.

[5] صالح، أيمن علي: **حكمة ضمان الفعل الضار وأثرها في تحديد موجباته في الفقه الإسلامي**، بحث منشور على موقع الدليل الالكتروني للقانون العربي www.arablawinfo.org، ص4، نظر هذا الموقع بتاريخ 2007/5/13 الواقع يوم الأحد الساعة 9:00 مساء.

هذه الجوابر المالية أو التعويضات إنما تثبت في الذمة رفا للضرر الناشئ عن مخالفة أحكام الشارع العامة القاضية بحق المرء في سلامة نفسه وبدنه وسمعته وحقوقه المالية الأخرى، كما أن هذه الجوابر تجب في الذمة رفا للضرر الناشئ عن التعدي بمخالفة إحكام العقد والامتناع عن تنفيذه دون عذر يبرر ذلك، وبهذا فإن الضمان يجب بالتعدي رفعا للضرر سواء رجع هذا التعدي إلى التخلف عن الوفاء بالعقود، مما يعد مخالفة للأصل الشرعي القاضي بوجوب الوفاء بالعقود والعهود في قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾[1]، وفي قوله تعالى ﴿وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا﴾[2]، أو رجع إلى مخالفة الأحكام الشرعية العامة بعدم الامتثال لما أوجبه الشارع وحرمه مما لا يرجع إلى وجوب الوفاء بالعقود[3].

يرى بعض الفقهاء أنه يجب إطلاق مفهوم ضمان العدوان على وجوب رفع الضرر الناشئ عن التعدي بمخالفة الأحكام الشرعية التي تمنع التعرض للمرء في حقوقه التي كفلها الشارع، في حين يختص ضمان العقد بالمسؤولية الناشئة عن الامتناع عن تنفيذ العقد. ويتطابق مفهوم الضمان بهذا التحديد مع مفهوم المسؤولية المدنية في الفكر القانوني. ويرجع الضمان والمسؤولية المدنية إلى سبب واحد إذا اتبعنا هذا الفهم، وهو واجب جبر الضرر الواقع بالتعدي على الغير في أي حق من حقوقه، سواء أكان كان هذا التعدي بارتكاب فعل محرم في ذاته أو بالنظر إلى ماله أو بمخالفة أحكام العقد وعدم الوفاء به[4].

المطلب الثاني: أساس وجوب الضمان في فقه الشريعة الإسلامية وفي القانون المدني الأردني

سأدرس في هذا المطلب الضرر كأساس لوجوب الضمان بالإضافة إلى تقدير التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز والقواعد العامة لتقدير هذا التعويض.

---

(1) سورة المائدة: الآية الأولى.

(2) سورة الإسراء: الآية 34.

(3) صالح، أيمن علي: المرجع السابق، ص7.

(4) سراج، محمد أحمد: المرجع السابق، ص65 66.

الفرع الأول: الضرر هو أساس وجوب الضمان

يذهب الرأي الراجح في الفقه الإسلامي إلى أن الضرر هو أساس الالتزام بالضمان أو التعويض. وذلك هو ما تفصح عنه الكثير من التطبيقات الفقهية ومنها على سبيل المثال، إذا قطع إنسان شجرة من دار رجل بغير إذنه وكانت قيمتها لا تزيد عن قيمتها مقلوعة، فليس هناك ضرر ولا ضمان على القاطع لأنه لم يتلف شيئا، ولو ذبح شخص شاة لغيره أشرفت على الموت ولا ترجى حياتها ليس عليه ضمان قيمتها سواء أكان راعيا أم كان أجنبيا استحسانا، ولو شد قصاب رجل شاة وأضجعها ليذبحها وجاء آخر فذبحها بدون إذن لم يضمن لعدم الضرر، لو عين رجل شاة من بهائمه أضحية فجاء آخر وذبحها بدون إذنه وكان ذلك وقت الأضحية، فلا ضمان عليه استحسانا. وترتيبا على ما يراه الفقه الإسلامي من أن الضرر هو علة التضمين وأساسه، فإن الفقه قضى بعدم وجوب الضمان كلما تخلف عن الفعل نتيجته الضارة[1].

في حين يعتقد المستشار الدكتور صلاح حسن البرعي أن الفقه الإسلامي قد أقام المسؤولية على أساس التعدي وهو مجاوزة الحد وعدم الإذن أو مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعا أو عرفا أو عادة، والذي يقابل الخطأ في القانون، إلا أنه اعتمد هذا الأساس في الأضرار التي تقع تسببا فقط أما الأضرار الأخرى التي تكون بطريق المباشرة فإن الفقهاء لا يشترطون إلا أن يكون الشخص قد باشر الفعل وأن الفعل قد أدى إلى التلف "الضرر" فيكون ضامنا. وكان من نتيجة ذلك أن قالوا إن المباشر ضامن وإن لم يتعد بفعله، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعديا بفعله[2].

---

[1] محمصاني، صبحي: **النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة**، ج1، ط2، بيروت، دار العلم للملايين، 1972، ص169، 170. الخفيف، علي: المرجع السابق، ص48. أبو الخير، عبد السميع عبد الوهاب: المرجع السابق، ص195 196.

[2] البرعي، صلاح حسن: المرجع السابق، ص438.

يذهب الدكتور وهبة الزحيلي في تكييفه لسبب الضمان أن الاعتداء والضرر هما معا سبب الضمان. أما الرابطة السببية فهي من قبيل عدم وجود المانع للسبب، والمانع للسبب هو الأمر الذي يلزم من وجوده عدم تحقق السبب[1].

يرد الدكتور أيمن صالح على ذلك بأن "هذا التكييف غير دقيق لأمرين، أحدهما أنه سوى بين التعدي والضرر في كونهما معا سبب الضمان، مع أن الضرر لا يكافئ التعدي من وجهين الأول في اللغة الفقهية، حيث يذكر الفقهاء التعدي كسبب للضمان ولا يذكرون الضرر إلا نادرا، والوجه الآخر في الواقع، حيث أن الضرر هو لازم أو نتيجة ناجمة عن التعدي، وعليه فالتعدي أسبق منه، لأن المعلول لا يتقدم علته، فكان الأولى أن ينفرد التعدي بكونه سببا، ويكون الضرر شرطا في هذا السبب. والأمر الآخر أنه كيّف الرابطة السببية على أنها من قبيل عدم وجود المانع للسبب. ولست أعلم وجها لهذا التكييف، لأن الرابطة السببية هي وصف وجودي وقد جعله الزحيلي عدميا، ولأن الوصف الذي يتمثل في عدم وجود المانع هو الشرط نفسه، فإنك قد تقول الحيض مانع من صحة صوم المرأة، أو تقول عدم وجود الحيض، أي الطهارة، هو شرط لصحة صومها. فكان الأولى به بدل هذا التعقيد أن يقول بأن الرابطة السببية هي شرط في التعدي بحيث يكون التعدي مسببا للضرر أو هي شرط في الضرر بحيث يكون الضرر مسببا عن التعدي"[2].

أرى مما سبق ومن الأمثلة التي ساقها فقهاء الشريعة الإسلامية وشراحها، أن الضرر هو أساس الضمان أو التعويض، وليس التعدي، لأنه لو كان ذلك صحيحا لما كانت القاعدة الشرعية تقضي بأن المباشر ضامن وإن لم يتعد. ونظرا لأن الفقه الإسلامي يجعل من الضرر علة للضمان وسببا له فإن قد استلزم لوجوب هذا الضمان القطعية في نسبة الضرر إلى علته ومن ثم فإن الفقه الإسلامي وكما سبق القول لم يجعل التسبب موجبا للضمان إلا إذا ثبت تعدي من تسبب في هذا الضرر، وما كان ذلك الحكم إلا لأن إسناد النتيجة إلى الفعل غير مقطوع في

---

[1] الزحيلي، وهبة: **نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي**، ط1، دمشق، دار الفكر، 1970، ص1.

[2] صالح، أيمن: المرجع السابق، ص26.

تلك الحالة وهو ما استتبع ضرورة تحقق التعدي في جانب الفاعل حتى يصلح فعله أن يكون علة لضمان ما ترتب عليه من ضرر.

الفرع الثاني: تقدير التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز

اجمع الفقهاء القائلون بوجوب ضمان الأضرار التي تحدث بفعل عديم التمييز على ضرورة التفرقة بصدد هذا التقدير بين جناية عديم التمييز على النفس أو البدن، وبين جنايته على المال. حيث تكفل المشرع بتحديد قدر الضمان في الحالة الأولى، بينما ترك تحديده لولي الأمر في الحالة الثانية وفق أسس محددة نص عليها الفقه في هذا الصدد[1].

الفرع الثالث: القواعد العامة لتقدير التعويض عن الضرر المالي الذي يسببه عديم التمييز

1. يتعين إزالة الضرر عينا كلما كان ذلك ممكنا. كما هو الحال فيما لو باشر عديم التمييز أو تسبب في سقوط حائط مثلا أو في حفر حفرة في أرض الغير، فإن خَيْرَ تعويض في تلك الحالة هو الحكم بإعادة بناء الحائط وردم الحفرة لإعادتها إلى ما كانت عليه.

2. يتعين رد عين المال إلى صاحبه كلما كان ذلك ممكنا.

3. إذا تلفت العين أو هلكت هلاكا جزئيا خُيِّر صاحب المال بين التعويض عن القيمة الكلية للعين أو استردادها والحصول على ما يساوي قيمة النقص في حالة الهلاك الجزئي متى كان التلف أو الهلاك مفوتا للغرض المقصود من الشيء.

4. إذا تعذر رد عين المال لتلفه أو استهلاكه أو انقطع المثل فإنه يصار إلى القيمة.

5. إذا كان المال مثليا، فإنه يجب ضمان مثله متى كان موجودا، إلا إذا خرج المثلي عن أن تكون له قيمة، فإن الضمان حينئذ يكون بدفع القيمة.

6. تتحدد القيمة في حالة الإتلاف بلا غصب بالقيمة السائدة للمثل في مكان ويوم الإتلاف.

---

[1] عبد الرحمن، محمد شريف: **مسؤولية عديم التمييز**، الزقازيق، مكتبة نجم القانونية، 2001، ص158.

7. تتحدد القيمة في حالة الإتلاف المسبوق بغصب بقيمة المثل يوم الخصومة عند الكثير من الفقهاء، بينما ذهب البعض إلى أن تحديد تلك القيمة يكون بأعلى سعر للشيء المغصوب من وقت الغصب إلى وقت التلف[1].

المطلب الثالث: الأدلة على ضمان العدوان في الشريعة الإسلامية

سأدرس في هذا المطلب الأدلة على ضمان العدوان في القرآن الكريم والسنة النبوية مع دراسة مسؤولية عديم التمييز في ضوء المبادئ العامة للشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: الأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية

ثبتت مشروعية الضمان عموما بأدلة تفيد اليقين لتواردها على إيجابه وتواترها تواترا معنويا. من ذلك الآيات القرآنية الكريمة المتعلقة بإرساء مبدأ المسؤولية الشخصية كما في قوله تعالى ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾[2]، وقوله تعالى ﴿لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت﴾[3] وقوله تعالى ﴿ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى ثم إلى ربكم مرجعكم فينبئكم بما كنتم فيه تختلفون﴾[4]، وقوله تعالى ﴿من يعمل سوءا يجز به﴾[5]، وقوله تعالى ﴿من عمل صالحا فلنفسه ومن أساء فعليها﴾[6].

لا يخفى من الآيات الكريمة السابقة أن وجه الدلالة على مشروعية الضمان أنه نوع من الجزاء على تعدي المرء واكتسابه.

كما ورد في السنة النبوية أحاديث كثيرة تفيد بعصمة دماء المسلمين منها ما ورد في صحيح البخاري من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال "لا يزال المؤمن في فسحة من دينه

---

[1] أبو الخير، عبد السميع عبد الوهاب: المرجع السابق، 171 172.
[2] سورة المدثر: الآية 38.
[3] سورة البقرة: الآية 286.
[4] سورة الأنعام: الآية 164.
[5] سورة النساء: الآية 123.
[6] سورة فصلت: الآية 46.

ما لم يصب دما حراما"[1]، وقوله صلى الله عليه وسلم "أكبر الكبائر الإشراك بالله وقتل النفس وعقوق الوالدين وقول الزور أو شهادة الزور"[2]، وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال "من حمل علينا السلاح فليس منا"[3]، وقوله صلى الله عليه وسلم "إذا التقى المسلمان بسيفهما فالقاتل والمقتول في النار"، فقال سيدنا أبو بكر رضي الله عنه يا رسول الله هذا للقاتل فما بال المقتول، فقال عليه الصلاة والسلام "إنه كان حريصا على قتل صاحبه"[4].

الفرع الثاني: التناسب بين الجزاء والضرر في القرآن الكريم

كما ترسي الآيات القرآنية الكريمة مبدأ التناسب بين الجزاء والضرر من ذلك قول الله تعالى ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾[5]، وقوله تعالى ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[6]، وقوله تعالى ﴿وإن عوقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾[7].

وجه الاستدلال أن الآيات الكريمة تقرر مبدأ المماثلة في الجزاء عموما، سواء كان ضمانا أو عقوبة، لتحقيق العدالة والإنصاف. وإنما أطلقت الآيات على الجزاء المشروع سيئة واعتداء لتأكيد مبدأ المماثلة[8].

الفرع الثالث: مضمون المبادئ الأساسية في القرآن الكريم والسنة النبوية

تتضمن المبادئ الأساسية في القرآن الكريم والسنة النبوية الصحيحة الأمر بالعدل بين الناس، ووجوب أن يحصل كل إنسان على حقه دون زيادة أو نقص. وتتضمن أيضا وجوب

---

[1] البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل: **صحيح البخاري، ج9، كتاب الديات**، القاهرة، طبعة دار الحديث، ص442.

[2] المرجع السابق: ص442.

[3] المرجع السابق:ص443.

[4] المرجع السابق: ص443.

[5] سورة الشورى: الآية 40.

[6] سورة البقرة: الآية 94.

[7] سورة النحل: الآية 136.

[8] سراج، محمد أحمد: المرجع السابق، ص100.

احترام الإنسان لحقوق الآخرين وعدم التعدي على حقوق الآخرين وحماية كافة حقوق كل إنسان تجاه الآخرين، وتوفير الحماية الكافية والتامة له[1].

المبدأ العام أو القاعدة العامة في الشريعة الإسلامية وفقا لنصوص القرآن والسنة السالف ذكرها هو وجوب التعويض الكامل والتام للضرر سواء لحق الضرر بالأشخاص أو لحق الضرر بالأشياء. وتقرر المبادئ العامة في القرآن الكريم وفي السنة الصحيحة الحماية التامة للإنسان من الاعتداء عليه، والحماية التامة للأموال من إتلافها وهذا هو عين العدل ذلك أنه من العدل أن يحصل كل إنسان على حقه.

الفرع الرابع: مسؤولية عديم التمييز في ضوء المبادئ العامة للشريعة الإسلامية

يجدر الذكر أننا إذا كنا نجد في المبادئ العامة للقرآن والسنة وجوب العدل بين الناس عند الفصل فيما ينشأ بينهم من منازعات، نجد أيضا أن الشريعة الإسلامية تكفل لكل شخص الحماية التامة في سلامة جسده وسلامة أمواله وسلامة كافة مصالحة المادية والمعنوية أو الأدبية أو الاجتماعية وغيرها من المصالح الأخرى ولله تعالى حكمة فيما أنزله من تشريعات.

إنني حين أعرض في هذا الفرع لأحكام مسؤولية عديم التمييز فإنني أعرض لها في ضوء ما وصل إليه الفقه من اجتهاد في البحث في هذا النوع من المسؤولية ومن الملاحظ أن الطريق ما زال مفتوحا أمام كل باحث لتقرير قواعد وأحكام فقهية شريطة ألا تخالف المبادئ العامة في الكتاب العزيز والسنة الصحيحة بحال من الأحوال.

جاء في مجمع الضمانات أن "الحر البالغ إذا أمر عبدا صغيرا أو كبيرا مأذونا له في التجارة أو محجورا عليه ليقتل رجل خطأ فقتله، يخاطب مولى المأمور بالدفع والفدا وكذا في كل موضع لا يكون موجبا للقصاص ثم يرجع مولى العبد بأقل من قيمته ومن دية المقتول على الآمر في ماله ولهذا لو تلف في حال استعماله يضمن كذا في الجنايات من الخلاصة"[2]، وجاء

[1] عبد الرحمن، محمد شريف: المرجع السابق، ص166.

[2] البغدادي، أبو محمد بن غانم البغدادي: **مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمـــان**، ط1، القـــاهرة، المطبعة الخيرية، 1308 هـــ، ص156.

أيضا لو "رجل قال لصبي مَحْجُور اصْعَدْ هذه الشجرة وَانْفُضْ لي ثمارها فَصَعِدَ الصبي وسقط وهلك كان على عاقلة الآمر دية الصبي، وكذا لو أَمَرَهُ بحمل شيء، أَوْ كَسْرِ حَطَبٍ يَضْمَنُ. ولو قال اصعد هذه الشجرة وَانْفُضْ الثمار ولم يَقُلْ انْفُضْ لي ففعل الصبي ذلك فَعَطِبَ اختلف المشايخ فيه والصحيح أنه يَضْمَنُ سَوَاءٌ قال انْفُضْ لي الشجرة، أو قَالَ انْفُضْ وَلَمْ يَقُلْ لِي"[1]. وجاء كذلك لو "أن رجلا رأى صبيا عَلَى حائط، أو شجرة فصاح بِهِ الرجل وقال له قَعْ فوقع الصبي ومات ضمن القائل ديته، ولو قال لا تَقَعْ فَوَقَعَ ومات لا يضمن"[2].

وجاء في مجمع الضمانات ولو أن "بالغا أَمَرَ صبيا بِتَخْرِيقِ ثوب إنسان، أو بقتل دابته فضمان ذلك في مال الصبِي ثم يرجع بِهِ على الآمر، وكذا لو أمر بقتل رجل فقتله كان على عاقلة الصبي الدية ثم ترجع على عاقلة الآمر سواء علم الصبي بفساد الآمر أو لم يعلم، ولو أن عبدا مأذونا أمر صبيا بِتَخْرِيقِ ثوب إنسان قال أبو حنيفة يضمن الآمر. ولو أمره بقتل رجل ففعل لا يضمن الآمر. ولو أمر صبيا بالغا بقتل إنسان فقتله وجب الدية على عاقلة القاتل ولا يرجع بذلك على عاقلة الآمر، ولو أمر صبيا بالغا لا يضمن الآمر. ولو أمر بالغ بالغا بذلك كان الضمان على القاتل ولا شيء على الآمر"[3]. وجاء أيضا لو أن "عبدا محجورا بالغا أمر عبدا مثله بقتل رجل أو كان الآمر بالغا والمأمور صغير ففعل يرجع بالضمان على الآمر بعد العتق. ولو أن صغيرا حرا أمره عبد محجور عليه صغير بذلك ضمن الصغير ولا يرجع على العبد الآمر وإن أُعْتِقَ الآمر. ولو ضرب المعلم أو الأستاذ الصبي أو التلميذ بأمر الأب فمات فإنه لا يضمن من جنايات"[4].

يظهر جليا أن الهدف الأسمى للفقه الإسلامي هو أن يعيش الإنسان في أمان ومن أجل هذا الهدف غلب هذا الفقه مصلحة الناس في المحافظة على حقهم في عصمة جسدهم وعرضهم ومالهم على مصلحة الإنسان في أن يعيش ويتصرف بحرية. وكان من نتيجة ذلك أيضا أن غلب

---

(1) البغدادي، أبو محمد بن غانم البغدادي: المرجع السابق: ص156.

(2) المرجع السابق: ص156 157.

(3) المرجع السابق: ص157.

(4) المرجع السابق: ص157.

الفقه جانب إصلاح الضرر وضمان حق المضرور في مقابل الخسارة التي لحقت به وما فاته من المصالح على جانب معاقبة محدث الضرر أو فاعل الضرر بسبب إلحاقه هذا الضرر بالغير. وقد ساعد في ذلك بوضوح رؤية الفقهاء المسلمين للحدود الفاصلة بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية، إذ أن العقاب هو هدف المسؤولية الجنائية، أما هدف المسؤولية المدنية فهو تعويض الأضرار عن الضرر الذي أصابه. وقد عبر الفقهاء المسلمون تعبيرا دقيقا وأشاروا إلى الجوابر (ويقصد بذلك التضمينات) مشروعة لجلب ما فات من المصالح، وأن الزواجر (ويقصد بها العقوبات) مشروعة لدرء المفاسد. ولا يشترط في الجوابر إثم من وجبت عليه، خلافا للزواجر التي تجب على الشخص في مقابل الإثم. ولهذا شرع الجبر في حالة الخطأ وحالة الجهل وعلى المجانين والصغار، وبناء على ذلك فإن أساس الالتزام بالضمان في الفقه الإسلامي هو الفعل الضار أو العمل الغير مشروع لوحده، وعدم المشروعية في الفعل لا تقوم على فكرة الخطأ المعروفة في القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري، لأن هدفها فقط هو التمييز بين حالة الفعل الضار المسموح به شرعا والذي لا تقوم مسؤولية فاعله وبين الفعل الضار غير المسموح به فيسأل عنه فاعله، بعيدا عن فكرة الجزاء والعقاب لمرتكب الفعل. وقد لاحظت أن القانون المدني الأردني قد اقتفى أثر الفقه الإسلامي عندما جعل الإضرار أساسا للمسؤولية المدنية التقصيرية متجها بذلك اتجاها حديثا ومتطورا في شأن المسؤولية التقصيرية لعديم التمييز إذ اعتبرها مسؤولية أصلية وكاملة.

الخاتمة

قدمت فيما سبق دراسة تحليلية لمسؤولية عديم التمييز متعرضا في ذلك إلى أحكام الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية وأحكام كل من القانونين المدني المصري والمدني الأردني فيما يخص هذه المسؤولية وما يتصل بها.

في الفصل الأول من هذه الدراسة تعرضت لأسباب انعدام التمييز ونظام عوارض الأهلية في الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية من ناحية وفي القوانين المدنية الوضعية من ناحية أخرى، وقد انتهيت إلى أنه لا خلاف فيما بينها في اعتبار الصغر والجنون والعته والسفه أسباباً ينعدم فيها التمييز وتستوجب الحجر. إلا أنني وجدت أن الفقه الإسلامي يزيد في عوارض الأهلية عما ورد في القوانين المدنية حالات الإغماء، والنوم، والرق، والسكر، على اعتبار أن القوانين المدنية نظمت حالات مرض الموت والدين المستغرق وإن كان ذلك تحت مسميات غير عوارض الأهلية. وبالنظر إلى هذه العوارض الزائدة في فقه الشريعة عن القانون، يمكن استخراج موضوع الرق جانبا حيث لم يعد له وجود قانوني، حتى يصار للنظر فيه إن كان يصلح لاعتباره عارض أهلية أم لا. أما الإغماء والنوم فلا يتصور الحديث عن تصرفات قانونية خلال وجود الشخص في أي منهما، وفقه الشريعة الإسلامية يعتبرهما عوارض أهلية باعتبار الأهلية مناط التكليف في سائر الأمور التي يكلف بها الشخص بموجب الأحكام الشرعية (عبادات ومعاملات)، وعليه يمكن الحديث عنهما كعوارض أهلية بالنسبة للصلاة أو العبادات. إلا أن الغريب في الأمر أن السكر ليس جديدا على القانون الوضعي بالنسبة لترتيب آثار قانونية عليه، وخصوصا في إطار المسؤولية في القانون الجنائي، فالقانون الجنائي يعتبر السكر مانعا من المسؤولية إذا نتج السكر عن سبب طارئ أو قوة قاهرة وأدى إلى فقد الوعي أو الإرادة في لحظة معاصرة لارتكاب الفعل الجرمي، إلا أن المشرع المدني لم يتوقف عند هذه الحالة ولم يعتبرها من عوارض الأهلية على الرغم من اعتبار الفقه الإسلامي السكر عارضا من عوارض الأهلية واعتبار القانون الجنائي الوضعي السكر مانعا من موانع المسؤولية الجنائية. ثم إن أمراضا عقلية كثيرة مثل انفصام الشخصية والهلوسة وغيرها، تعتبر كلها أو بعضها معدمة

للتمييز أو على الأقل مفسدة لتدبير الشخص مع أنها ليست جنونا ولا عتها ولا سفها ولا غفلة، ومع ذلك لم يأخذ بها ولم ينص عليها نظام عوارض الأهلية في القوانين المدنية الوضعية، وهنا توصلت إلى نتيجة مفادها أن نظام عوارض الأهلية في القوانين المدنية الوضعية مشوب بالقصور، وأن هناك حالات ينعدم فيها التمييز أو يفسد فيها التدبير دون أن يكون نظام عوارض الأهلية بقادر على تغطيتها أو معالجتها.

ظهر لي أن الشريعة الإسلامية التي أقرت كون الجنون والعته والسفه والغفلة عوارض أهلية لم تتوقف عند هذا الحد، فالشريعة كنظام قانوني والتي تميز الفقه فيها ببحث الحالات الفردية والحلول الوقتية أكثر من ميله لبناء النظريات، لم يتردد هذا الفقه في اعتبار السكر والإغماء وغيرها عوارض أهلية، وكان ذلك على خلاف القوانين المدنية الوضعية حتى تلك التي استرشدت بأحكام الفقه الإسلامي منها.

إلا أنني وفي إطار دراسة أسباب انعدام التمييز في مجلة الأحكام العدلية وجدت عدة أمور فيها وجهت إليها بعض الانتقاد أهمها أن المجلة لم تحدد سنا معينة للتمييز ولا حتى للرشد وإنما اكتفت بتعريف كل من عديم التمييز والرشيد، ورغم أن تعريف كل من عديم التمييز والرشيد قد جاء في إطار قاعدة سلسة سهلة الإتباع، إلا أن السكوت عن تحديد كل من سن التمييز وسن الرشد قد يؤدي إلى اضطراب الأحكام وعدم توحيدها، ويمنع القضاة من إعطاء الحكم الصحيح في الوقائع أو النزاعات التي تعرض أمامهم. والغريب في الأمر أن مجلة الأحكام العدلية قد حددت سنا للبلوغ رغم أن هذا الأمر أكثر صعوبة ودقة من تحديد سن التمييز والرشد؛ ذلك أن سن البلوغ يختلف من جنس بشري إلى آخر ومن مكان إلى آخر بسبب عدة عوامل، في حين أن الحالة الغالبة والأعم أن الإنسان يصبح مميزا في السابعة من عمره ويصل إلى حالة الرشد في الثامنة عشرة من عمره، وبالتالي كان الأجدى في اعتقادي أن تجعل المجلة التمييز والرشد مشروطين ومحددين بسن معينة لأن هذا الأمر أسهل نسبيا من تحديدها لسن البلوغ، كما أن للأمر أهمية تكمن في استقرار المعاملات.

وأضيف إلى ذلك أن مجلة الأحكام العدلية لم تضع معيارا واضحا للتفرقة بين حالة الجنون المطبق وغير المطبق، حيث اعتبرت في المادة (944) منها أن المجنون المطبق هو الذي يستوعب جنونه جميع أوقاته والمجنون غير المطبق هو الذي يجنّ في بعض الأوقات ويفيق في بعضها. وقد جاء في شروحات المجلة أن المجنون المطبق هو من يستوعب جنونه جميع أوقاته في سنة وفي قول آخر جميع أوقاته في شهر، وفي الجنون المطبق أربعة أقوال: القول الأول، أن الجنون المطبق هو الذي يمتد إلى سنة كاملة. والقول الثاني، أن الجنون المطبق لمدة شهر أي الجنون الذي يمتد شهرا كاملا وقد رجّح هذا القول، والقول الثالث، هو الجنون الذي يمتد لأكثر من سنة، والقول الرابع هو الجنون الذي يستوعب أكثر من يوم وليلة. أما المجنون غير المطبق فهو الذي يكون في بعض الأوقات مجنونا ويفيق في بعضها. وهذا الشرح والتعريف لا يعتبر معيارا واضحا يمكن تبنيه أو القياس عليه للتفرقة بين حالات الجنون، لأن الجنون ليس مرضاً واحداً له نفس الأعراض والخصائص، وإنما الجنون حالات وأمراض عدة لازال العلم يبحث فيها ويكتشف الجديد منها، وعليه لا يمكن اعتبار الجنون حالة معينة محددة وموحدة لدى جميع المصابين بهذا العارض، ومن هنا فإنه لا يمكن تقييد الجنون بزمن معين، فبعض الحالات تستمر لأيام معدودة في حين أنّ حالات أخرى تستغرق سنوات، كما أنه إذا ما دققنا في التعريف الوارد في المادة (944) نجد أن تعريف الجنون المطبق يتداخل مع تعريف الجنون غير المطبق تداخلا كبيرا بحيث يصدق تعريف كل حالة على الحالة الأخرى، فهناك أمراض وحالات مثل الفصام (Schizophrenia) والاضطراب الوجداني والهلوسة قد يظل الشخص تحت تأثيرها لمدة سنة كاملة أو حتى لمدة شهر كامل ثم يعود إليه عقله لفترة وجيزة ومن ثم يعود ليصبح تحت تأثر المرض، فكيف سيتم الحكم على مثل هذه الحالات وتقرير إذا ما كان الشخص مجنونا مطبقا أو غير مطبق. وبالتالي فإن الأسلم هو ترك الأمر للخبرة الفنية الطبية لتقرير حالة كل شخص على حده.

وعند دراستي لمدى مسؤولية عديم التمييز في القانون المدني المصري في الفصل الثاني، وجدت أن الأصل في هذا القانون هو انتفاء مسؤولية عديم التمييز، إلا أن المشرع المصري تأثر بالاتجاهات الحديثة التي أصبحت تأخذ بمبدأ المسؤولية على درجات متفاوتة،

فقرر بدوره الأخذ بمسؤولية عديم التمييز على سبيل الاستثناء في محاولة لتحقيق العدالة. وقد تضمن هذا الاستثناء نص الفقرة الثانية من المادة (164) الذي يقرر أنه "ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولو يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا في ذلك مركز الخصوم".

من هذا النص اعتبر الشراح أن لهذه المسؤولية عدة خصائص: فهي مسؤولية استثنائية، واحتياطية، وجوازية، ومخففة، إلا أن البعض منهم يرى أن هذا النص غير كاف لأنه من المفروض أن يلزم النص عديم التمييز بتعويض الضرر الذي يسببه للغير من جراء فعله إذا توافرت الشروط المذكورة في نص المادة (2/164)، ولا يقال أنه مسؤول عن فعله، بل هو ملتزم بتعويض الضرر الذي سببه للغير التزاما قانونيا مستقلا عن أية مسؤولية؛ ذلك أن الفقرة الثانية من المادة (164) لم تنص على مسؤولية عديم التمييز، بل تضمنت فقط إلزامه بتعويض الأضرار المتسببة منه في ظل شروط خاصة.

بالإضافة إلى أن النص المذكور جاء عاما ولم يعالج الحالات التي قد يكون عديم التمييز بصددها، كحالة أن يكون عديم التمييز متبوعا أو حارسا، تاركا الأمر في ذلك إلى القواعد القانونية الأخرى التي تحكم مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه أو مسؤولية حارس الأشياء عن الأشياء التي تحت حراسته، وإلى الفقه أيضا. وقد رأيت أن القضاء والفقه المصريان مستندين إلى القواعد القانونية ذات العلاقة قد أقرا مسؤولية عديم التمييز في الحالتين السابقتين، متجاوزين في ذلك للقاعدة العامة التي تقرر عدم مسؤولية عديم التمييز، وبالتالي أصبح الاستثناء أوسع من القاعدة العامة، ولم تعد هنالك حاجة للقاعدة العامة بشأن عدم مسؤولية عديم التمييز. وهذا كله يدعو كما أسلفت إلى تقرير المسؤولية الكاملة لعديم التمييز عن أفعاله الضارة.

بخصوص أساس المسؤولية الاستثنائية المنصوص عليها في الفقرة الثانية من نص المادة (164)، فقد وجدت أن الفقه المصري بمجمله يرى بأن أساس هذه المسؤولية هو فكرة تحمل التبعة أو التضامن الاجتماعي. فغير المميز يتحمل تبعة أفعاله الضارة ولكن في حدود

معينة فهي مسؤولية مقررة على خلاف الأصل العام. بينما ذهب بعض الشراح إلى تأسيسها على فكرة الضمان وآخرين على فكرة الخطأ بمعياره الموضوعي وذهب البعض إلى ابعد من ذلك ورأوا أن المشرع المصري قد تدارك بنص المادة (164) ما قد يلحق من ضرر بالمضرورين من وراء انتفاء المسؤولية لانعدام التمييز، وقرر مسؤولية عديم التمييز مسؤولية مخففة في حالات وفي حدود رسمها في النص المتقدم، وهي مسؤولية لا تقوم على الخطأ، وإنما تقوم كما هو الحال في الفقه الإسلامي على ضمان الإتلاف.

كان رأيي أن المشرع المصري لم يأخذ بفكرة الخطأ بمعياره الموضوعي، كما أنه لم يأخذ بفكرة الضمان التي تقوم عليها مسؤولية عديم التمييز في الفقه الإسلامي، لأنه لو صح ذلك لكانت مسؤولية عديم التمييز أصلية لا استثنائية ووجوبية لا جوازية وكاملة لا مخففة، ولما كانت الفقرة الأولى من المادة (164) تقضي بكون الشخص مسؤولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز، وعليه فإن نظرية تحمل التبعة التي قال بها معظم الفقه المصري تبقى هي الأساس القانوني لمسؤولية عديم التمييز التي تضمنها نص المادة (2/164).

بالنسبة لمدى مسؤولية عديم التمييز في ظل القانون المدني الفرنسي، فقد عرضت في الفصل الثاني للتطور الذي مرت به هذه المسؤولية في الفقه والقضاء الفرنسيان، والذي توج بصدور القانون رقم (68) الصادر في 3 يناير 1968 الخاص بتقرير المسؤولية الكاملة للمختلين عقليا عن أفعالهم الضارة، دون غيرهم من عديمي التمييز، بمقتضى تعديل نص المادة (2/489) من القانون المدني الفرنسي.

إذا كان المشرع الفرنسي قد تقدم بإصدار هذا القانون خطوة نحو حماية المضرور، إلا أنها خطوة قاصرة، يتعين أن تتلوها خطوة أخرى تتقرر بمقتضاها المسؤولية الكاملة لعديم التمييز بإطلاق، وعلى وجه أخص بسبب صغر السن.

كما عرضت لموقف فقه الشريعة الإسلامية من المسألة في الفصل الثالث، ووضحت التفرقة التي يقيمها بين فكرتي المباشرة والتسبب. وانتهيت إلى أن عديم التمييز يسأل متى كان

مباشرا وهو رأي الجمهور باستثناء بعض المالكية. أما في حالة التسبب فلا يسأل الشخص إلا إذا كان متعديا. وانتهيت إلى الأخذ بمسؤولية عديم التمييز هنا أيضا مفسرا التعدي بمجرد وقوع الفعل الضار منه، متفقا في ذلك مع رأي حديث في الفقه الإسلامي.

كما توصلت من خلال الأمثلة التي ساقها فقهاء الشريعة الإسلامية وشراحها، إلى أن الضرر هو أساس الضمان أو التعويض في فقه الشريعة الإسلامية، وليس التعدي، لأنه لو كان ذلك صحيحا لما كانت القاعدة الشرعية تقضي بأن المباشر ضامن وإن لم يتعد.

أما بخصوص مسؤولية عديم التمييز في القانون المدني الأردني والتي تعرضت لها في الفصل الثالث أيضا، فقد صاغت المادة (256) القاعدة العامة بقولها أن " كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"، وعليه فإن القانون المدني الأردني قد جعل أساس المسؤولية هو الفعل الضار ولم يأخذ بالخطأ (النظرية الشخصية)، وقد اقتبس القانون المدني الأردني هذا الحكم من الفقه الإسلامي الذي لم يأخذ بفكرة الخطأ في التصرفات الفعلية، فسواء كان محدث الضرر متعديا أو غير متعد وسواء كان متعمد أو غير متعمد أو مميز أو غير مميز فهو ضامن لفعله.

رأيت أنه لا لزوم للتفرقة بين المباشرة والتسبب حسبما ورد في المادة (257)، وذلك بناء على ما استنتجته من التطبيقات الفقهية ونصوص المجلة والقانون المدني الأردني من أن التعدي عدا عن كونه شرط في التسبب فهو شرط في المباشرة أيضا، كما أن علاقة السببية هي شرط في المباشرة وشرط في التسبب أيضا، لأن التسبب لا يوجد الضرر مباشرة وإنما يوجد ما يقتضي وجود الضرر فيكون بذلك سببا لوجود الضرر وإن كان سببا غير مباشر، إلا أنه سبب كاف بحسب القانون المدني الأردني الذي جعل التسبب سببا للتعويض. فكل من المباشرة والتسبب سبب للضرر، وهذا القاسم المشترك بينهما، أما ما يميزهما عن بعضهما فهو درجة وقوة وضوح السببية بين كل من المباشرة والضرر والتسبب والضرر. فنجد السببية في المباشرة واضحة تماما بحيث لا يفصل بين الفعل والضرر فعل آخر، وتكون النتيجة ناتجة عن

الفعل بشكل واضح لا ريب فيه، بينما نجد أن السببية في التسبب تكون غير مباشرة وقد تكون غير واضحة لحدوث أمر أو فعل يفصل بين الفعل وحودث الضرر.

بالمحصلة فقد ثبت من خلال دراستي لمسؤولية عديم التمييز في كل من فقه الشريعة الإسلامية ومجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني من ناحية وفي القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي من ناحية ثانية، أن نظرية الخطأ بمفهومها التقليدي الذي يستلزم توافر عنصريها المادي والمعنوي قد عفا عليها الزمن، وأن الاتجاه الحديث يذهب إما إلى الاكتفاء بعنصرها المادي وحده، وهو اتجاه المحافظين أو أنصار فكرة الخطأ، باعتبارها نظرية مألوفة. وإما إلى نبذ الفكرة تماما والقول بأفكار أخرى كفكرة تحمل التبعة أو الضمان أو غيرهما من الأفكار، التي لا تسلم أي منها من جانب أو أكثر من جوانب النقد، وبذلك أعتقد أن النهج الذي اتجه إليه الفقه الإسلامي والذي اتبعه القانون المدني الأردني بتأسيس المسؤولية على الإضرار وليس على الخطأ، هو النهج الأسلم بل والأكثر تلبية لموجبات التطور والحداثة، وما أخذت التشريعات الحديثة تناديه من ضرورة حماية مصلحة المضرور.

التوصيات

1. أن لا ينص بشكل قاطع ومحدد على صغر السن والعته والجنون كأسباب لانعدام التمييز في نصوص القوانين الوضعية، وأن يصار إلى تعديل النصوص لتصبح كالتالي مثلا "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا التمييز لصغر السن أو أي عارض يؤدي إلى فقد التمييز بعد بلوغ سن الرشد، وفي كل الأحوال لا يعتد بأي عارض يعدم التمييز أو يفسد التدبير إذا كان الشخص سيء النية وقصد الوصول بنفسه إلى حالة انعدام التمييز أو فساد التدبير". وبذلك تمنح للقاضي وبمساعدة أهل الاختصاص سلطة تقديرية واسعة في تقريره للحالات التي ينعدم فيها التمييز.

2. ضرورة تعديل نص المادة (164) من القانون المدني المصري، بحيث يقرر مسؤولية عديم التمييز على نحو جديد، فتكون مسؤولية أصلية لا احتياطية ووجوبية لا جوازية وكاملة لا مخففة.

3. إجراء تعديلات تشريعية في كل من مصر وفرنسا بحيث تتقرر المسؤولية الكاملة لعديمي التمييز عن أفعالهم الضارة، وهذا ما يحقق مصلحة المضرور الذي تسعى جاهدة التشريعات الحديثة إلى إسباغ الحماية عليه. ولكي تتحقق العدالة وحتى لا تكون هناك تضحية بمصلحة طرف على حساب طرف آخر، فإن الأمر ينبغي أن يتم في إطار متوازن مراعاة لمصلحة عديم التمييز والمتضرر معا، حتى لا تختل المراكز القانونية لأي طرف من الأطراف.

4. أعتقد أنه لا لزوم للفقرة الأولى من المادة (257) مدني أردني، وكان من الأسلم صياغة أن تلحق هذه الفقرة بنهاية الفقرة الأولى من المادة (256)، لأنها محصلة لها فالإضرار إما أن يكون بالمباشرة وإما أن يكون بالتسبب. كما أعتقد أن عبارة مفضيا إلى الضرر لا لزوم لها، حيث أن التسبب قطعا سيؤدى إلى ضرر وإلا لما سمي تسببا، فهو تسبب بإحداث ضرر.

5. كان أولى بالمشرع الأردني حماية لمصلحة المضرور أن يعتبر مسؤولية متولي الرقابة التي قررتها المادة (288) مسؤولية وجوبية لا جوازية ومرهونة بمشيئة القاضي قد يقررها أو يرفضها.

6. الأخذ بنظام صندوق حكومي غير ربحي للضمان، على غرار ما هو متبع في كثير من الدول في شأن تعويض حوادث السيارات والأضرار الناجمة عن الكوارث البيئية، فبهذه الوسيلة سيجد المضرور شخصا معنويا مليئا يعوضه عن ما لحق به من أضرار. حيث سيعوض هذا الصندوق المتضرر من فعل عديم التمييز الضار متى ثبتت مسؤولية عديم التمييز ومتى كان عديم التمييز معوزا.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

القرآن الكريم

معاجم وقواميس اللغة

الجوهري، أبي نصر إسماعيل بن حماد: **الصحاح، (تاج اللغة وصحاح العربية)**، تحقيق الدكتور إميل بديع يعقوب والدكتور محمد نبيل طريفي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتب العالمية، 1999.

مجمع اللغة العربية بالقاهرة: **المعجم الوسيط،** الجزء الأول والثاني، الطبعة الثانية، استانبول، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، 1972.

كتب الحديث النبوي الشريف

ابن مالك، أنس: **موطأ مالك،** تحقيق محمد الماجدي، ج1، ط1 بيروت، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، 2001.

البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل: **صحيح البخاري، ج 2و9،** القاهرة، طبعة دار الحديث، دون سنة.

السجستاني، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمر الأزدي: **سنن أبي داوود،** تحقيق وزارة الأوقاف المصرية، **ج 1و2و3،** بيروت، دار الجليل، 1988.

الشوكاني، محمد بن علي بن محمد: **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار،** الأجزاء التسعة محفوظة ومنشورة الكترونيا على موقع المكتبة الإسلامية www.al-eman.com.

كتب الفقه الإسلامي

إبن عبد السلام، العز: **قواعد الأحكام في مصالح الأنام،** ج2، القاهرة، مطبعة دار الشرق، 1388هـ.

أبو زهرة، محمد: **أصول الفقه،** القاهرة، دار الفكر العربي، 1958.

البغدادي، أبو محمد بن غانم: **مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان** الطبعة الأولى، مطبعة مصر الخيرية، 1308هـ.

الخرشي، محمد بن عبد الله: **حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل ومعه حاشية العدوي على الخرشي** ج6، بيروت، دار صادر، بدون سنة طبع.

الخفيف، علي: **الضمان في الفقه الإسلامي،** القسم الأول، ج1، القاهرة، معهد الدراسات القانونية والشرعية، 1971.

الزحيلي، وهبة: **الفقه الإسلامي وأدلته،** ج4، ط3، دمشق، دار الفكر، 1989.

الزحيلي، وهبة: **نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي** ط1، دمشق، دار الفكر، 1970.

الزرقا، مصطفى أحمد: **الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد،** ج1، ط6، دمشق، مطبعة جامعة دمشق، 1959.

الزرقا، مصطفى: **الفعل الضار والضمان فيه، دراسة وصياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقهها انطلاقا من القانون المدني الأردني،** الطبعة الأولى، دمشق، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع،1408هـ - 1988.

سراج، محمد أحمد: **ضمان العدوان في الفقه الإسلامي،** ط1، المؤسسة الجامعية، بيروت، 1993.

سراج، محمد: **أصول الفقه الإسلامي،** الإسكندرية، منشأة المعارف ودار الجامعة الجديدة للنشر، 1998.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **مصادر الحق في الفقه الإسلامي،** ج1، القاهرة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1954.

الشربيني، محمد الخطيب: **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج،** ج4، مصر، 1955.

العاملي، محمد بن جمال الدين مكي: اللمعة الدمشقية، ج7، ط1، من منشورات جامعة النجف الدينية، دون سنة طبع.

عواد، سيد عواد: **أحكام الضمان، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،** ط1 القاهرة، دار الطباعة المحمدية، 1992.

عودة، عبد القادر: **التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي،** ج1، القاهرة، مكتبة دار التراث، بدون سنة طبع.

فيض الله، محمد فوزي: **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام،** ط1، الكويت، مكتبة دار التراث، 1983.

القرافي، شهاب الدين الصنهاجي: **الفروق وبهامشه عمدة المحققين وتهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية،** ج4، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر، الفرق 217.

الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،** ج7، ط2 بيروت، دار الكتاب العربي، 1974.

المالكي، محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي: **قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية** القاهرة، عالم الفكر، 1975.

محمصاني، صبحي: **النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة**، ج1، ط2، بيروت، دار العلم للملايين، 1972.

محمصاني، صبحي: **النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة**، ج2، ط2، بيروت، دار العلم للملايين، 1972.

مدكور، محمد سلام: **أصول الفقه الإسلامي**، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، 1976.

مدكور، محمد سلام: **مباحث الحكم عند الأصوليين**، ج1، القاهرة، مطبعة لجنة البيان العربي، 1964.

الموسوعة الفقهية الكويتية، إعداد وتأليف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت، الجزء الخامس والعشرون، ص31، وجميع أجزاء الموسوعة منشورة ومحفوظة الكترونيا على موقع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة الكويت www.islam.gov.kw.

شروحات مجلة الأحكام العدلية

باز، سليم رستم: **شرح المجلة**، ط3، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1305هـ.

حيدر، علي: **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، الكتاب الرابع، تعريب المحامي فهمي الحسيني، بيروت، مكتبة النهضة، دون سنة طبع.

مراجع القرارات القضائية

مجلة نقابة المحامين، تصدر عن نقابة المحامين الأردنيين، السنة الثامنة والثلاثون، العدد الثامن والتاسع، عمان، مطبعة التوفيق، 1990.

مجلة نقابة المحامين، تصدر عن نقابة المحامين الأردنيين، العدد 8 و9، لعام 1989، عمان، مطبعة التوفيق، 1989.

مجلة نقابة المحامين، تصدر عن نقابة المحامين الأردنيين، عمان، مطبعة التوفيق، سنة 1981.

مجموعة قرارات محكمة التمييز الأردنية منشورة على موقع الأستاذ المحامي فـراس سـليمان القضاة www.qanoun.com، قسم اجتهادات المحاكم.

موقع التشريعات الأردنية نظام المعلومات الوطني www.lob.gov.jo.

موقع قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية التابع لوزارة العدل المصرية والممول من قبـل برنامج إدارة الحكم في الدول العربية التابع لبرنامج الأمم المتحدة الإنمـائي **(UNDP)** http://www.arablegalportal.org.

موقع مركز عدالة للمعلومات القانونية www.adaleh.info.

القوانين

القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

القانون المدني الفرنسي.

القانون المدني الكويتي الصادر في أول أكتوبر عام 1980 والمنشور في الجريدة الرسمية في 5 يناير 1981.

القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

قانون المعاملات المدنية الإماراتي القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 1985.

قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932.

مجلة الأحكام العدلية.

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج2، الالتزامات مصادر الالتزام (مـن المادة 89 إلى المادة 264)، صادرة عن وزارة العدل المصرية.

المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول، الطبعة الثانية، إعداد المكتب الفنـي لنقابة المحامين الأردنيين، عمان، مطبعة التوفيق، 1987.

ثانيا: المراجع

الكتب القانونية

أبو الخير، عبد السميع عبد الوهاب: **التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الإسلامي والقانون المدني"دراسة مقارنة"**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1994.

أحمد، محمد شريف: **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999.

البرعي، صلاح حسن: **أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن الأفعال الشخصية (دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي)**، المنصورة، دار الفكر والقانون، 1996.

حجازي، عبد الحي: **النظرية العامة للالتزام**، ج1، مصادر الالتزام، 1954.

حماد، رأفت محمد: **مسؤولية المتبوع عن انحراف (خطأ) تابعه، (دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفقه الإسلامي)** القاهرة: دار النهضة العربية، 1990.

داوود، أحمد محمد: **الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون**، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2007.

دواس، أمين: **القانون المدني مصادر الالتزام (المصادرة الإرادية العقد والإرداة المنفردة)**، ط1 رام الله، دار الشروق للنشر والتوزيع، 2004.

السعيد، كامل: **الجنون والاضطراب العقلي وأثره في المسؤولية الجنائية**، ط1، عمان، منشورات الجامعة الأردنية، 1987.

سلطان، أنور: **النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول (مصادر الالتزام)**، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1965.

سلطان، أنور: **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني"دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي"** ط2، المكتب القانوني، عمان، 1998.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام** ج1، القاهرة، دار النهضة العربية، 1956.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام** ج1، مصادر الالتزام، بيروت، دار إحياء التراث، بدون سنة نشر.

الشرقاوي، جميل: **النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول (مصادر الالتزام)**، القاهرة، دار النهضة العربية، 1976.

الصده، عبد المنعم فرج: **مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري** بيروت، دار النهضة العربية، 1979.

عامر، حسين: **القوة الملزمة للعقد**، ط1، الإسكندرية، مطبعة مصر، 1949، ص189.

عامر، حسين: **المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية**، ط1، الإسكندرية، مطبعة مصر، 1956.

عبد الباقي، عبد الفتاح: **مصادر الالتزام في القانون الكويتي مع المقارنة بالفقه الإسلامي وأحكام المجلة**، الجزء الثاني (المصادر غير الإرادية)، الكويت، منشورات جامعة الكويت، 1974.

عبد البر، محمد: **العقد الموقوف**، عمان، سلسلة الكتب القانونية، نشر بإشراف المحاميين الأستاذين محمد محمود المناجرة وجمال عبد الغني مدغمش، 1998.

عبد الرحمن، محمد شريف: **دروس في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات**، الجزء الأول، المجلد الثاني، المسؤولية التقصيرية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1991.

عبد الرحمن، محمد شريف: **مسؤولية عديم التمييز**، الزقازيق، مكتبة نجم القانونية، 2001.

عبد العزيز، محمد كمال: **التقنين المدني في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الأول (الالتزامات)** طبعة نادي القضاة، 1980.

عبد الله، فتحي عبد الرحيم: **دراسات في المسؤولية التقصيرية (نحو مسؤولية موضوعية)** الإسكندرية، منشأة المعارف، 2005.

عكوش، حسن: **المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد**، الطبعة الثانية، القاهرة، دار الفكر الحديث للطباعة والنشر، 1970.

الفار، عبد القادر: **مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني)**، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996.

فايق، أحمد فؤاد: **جنون الفصام، مجموعة سيكولوجية العلاقات الإنسانية بإشراف الدكتور عبد المنعم المليجي**، القاهرة، دار المعارف بمصر، 1961.

الفضل، منذر: **النظرية العامة للالتزامات (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية)**، ج1، مصادر الالتزام، ط3، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995.

اللصاصمة، عبد العزيز: **المسؤولية المدنية التقصيرية (الفعل الضار) أساسها وشروطها** الطبعة الأولى، عمان، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002.

اللهيبي، صالح احمد: **المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة)**، ط1 عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004.

محمود مصطفى، محمود: **شرح قانون العقوبات القسم العام**، ط9، القاهرة، دار النهضة العربية، 1974.

مدكور، محمد سامي: **نظرية الحق**، القاهرة، دار الفكر العربي، بدون سنة طبع.

مرقس، سليمان: **الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية،** القسم الأول في الأحكام العامة، المجلد الأول، القاهرة، 1988.

مرقس، سليمان: **شرح القانون المدني في الالتزامات،** الجزء الثاني، القاهرة، المطبعة العالمية، 1964.

مرقس، سليمان: **نظرية العقد والفعل الضار،** القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، 1956.

مصطفى منصور، منصور: **الخطأ في المسؤولية المدنية (دراسات معمقة في القانون المدني لطلاب دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص)،** الكويت، منشورات جامعة الكويت، 1974.

منتصر، سهير: **مسؤولية المتبوع عن عمل التابع أساسها ونطاقها،** القاهرة، دار النهضة العربية، 1990.

منصور، أمجد: **النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام،** عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006.

النقيب، عاطف: **النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي الخطأ والضرر -** الطبعة الثانية، بيروت، المنشورات الحقوقية صادر، 1999.

البحوث والمقالات

أبو شنب، أحمد عبد الكريم: بحث بعنوان **(الأساس القانوني للمسؤولية عن فعل الشيء في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي)،** دراسة مقارنة، منشورة على موقع الدليل الالكتروني للقانون العربي www.arablawinfo.org.

جرادات، أحمد علي: **سن البلوغ والرشد وأهمية التقاضي والالتزام المالي،** دراسة شرعية منشورة على موقع مؤتمر القضاء الشرعي الأول http://www.csjd.gov.jo.

الجندي، محمد صبري: **بحث بعنوان (فكرة العقد الفاسد هل يجب الإبقاء عليها في القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية)**، منشور في مجلة الشريعة والقانون الصادرة عن كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثامن والعشرون، أكتوبر 2006.

حسني، محمد فؤاد: بحث بعنوان **(مسؤولية الآباء والأمهات والقامة والأوصياء عن أعمال الصبي أو المحجور)**، منشور ومؤرشف الكترونيا على موقع منتدى المحامين العرب www.mohamoon.com/montada.

خاطر، نوري حمد: بحث بعنوان **(تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية)**، دراسة نظرية مقارنة منشورة على موقع الدليل الالكتروني للقانون العربي www.arablawinfo.org.

الخشروم، عبد الله: بحث بعنوان **(الحق في التعويض الناشئ عن التعدي كوجه من وجوه الحماية المدنية للعلامة التجارية)**، دراسة في التشريع الأردني، منشورة على موقع الدليل الالكتروني للقانون العربي www.arablawinfo.org.

خفاجي، أحمد رفعت: بحث بعنوان **(مستقبل نظرية الخطأ تحت ستار الحقوق)**، منشور ومؤرشف الكترونيا على موقع منتدى المحامين العرب www.mohamoon.com/montada.

دبور، أنور محمود: **بحث مقارن بعنوان (أثر مرض الموت في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي)**، منشور في مجلة الشريعة والقانون الصادرة عن كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثالث، ذي الحجة 1409هـ، يوليو (تموز) 1989م.

دبور، أنور محمود: **بحث مقارن بعنوان (ماهية مرض الموت وتأثيره في التصرفات بصفة عامة)**، منشور في مجلة الشريعة والقانون الصادرة عن كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثاني، رمضان 1408هـ، مايو (أيار) 1988م.

ذهني، عبد السلام: **بحث بعنوان (في المسؤولية المدنية للأفراد لمحة تاريخية وتشريعية)** منشور ومؤرشف الكترونيا على موقع منتدى المحامين العرب www.mohamoon.com/montada.

الزعبي، محمد يوسف: **بحث بعنوان (أسباب فساد العقد بين الفقه الحنفي والقانون المدني الأردني)**، منشور على موقع الدليل الالكتروني للقانون العربي www.arablawinfo.org.

الزعبي، محمد يوسف: **مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني**، بحث منشور على موقع الدليل الالكتروني للقانون العربي www.arablawinfo.org.

صالح، أيمن علي: **حكمة ضمان الفعل الضار وأثرها في تحديد موجباته في الفقه الإسلامي** بحث منشور على موقع الدليل الالكتروني للقانون العربي www.arablawinfo.org.

عبد الباقي مصطفى، أبو زيد: **(مدى مسؤولية عديم التمييز في القانون المقارن)**، بحث مقارن في القانون الفرنسي والقانون الكويتي، القسم الأول، منشور في مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت، العدد 3، السنة السادسة، الكويت، 1982.

عبد الباقي مصطفى، أبو زيد: **مدى مسؤولية عديم التمييز في القانون المقارن**، بحث مقارن في القانون الفرنسي والقانون الكويتي، القسم الثاني، منشور في مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت، العدد 4، السنة السادسة، الكويت، 1982.

عبد الرحمن، أحمد شوقي: **بحث بعنوان "مسؤولية المتبوع باعتباره حارسا"**، منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق في جامعة المنصورة، العدد الأول، 1986.

مجموعة مقالات طبية متخصصة منشورة على المواقع التالية: http://www.stop55.com
.http://www.elazayem.com

محاسنة، محمد: **مدى كفاية النظام القانوني لعوارض الأهلية**، بحث مقارن مع الفقه الإسلامي، منشور على موقع الدليل الالكتروني للقانون العربي www.arablawinfo.org.

منصور، أمجد: **مسؤولية عديم التمييز عن فعله الضار "دراسة مقارنة"**، بحث منشور على موقع الدليل الالكتروني للقانون العربي www.arablawinfo.org.

مهنا، فخري رشيد: **أساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز**، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الأنجلوسكسونية والعربية، رسالة ماجستير قدمت إلى جامعة بغداد، 1974.

مومن، محمد: **(أهلية الوجوب لدى الجنين في الفقه المغربي)**، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي منشورة على موقع الدليل الالكتروني للقانون العربي www.arablawinfo.org.

النجادا، ممدوح يوسف سلمان: **ضمان فعل عديم التمييز في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، أيار 1999.

نشأت، أحمد: **بحث بعنوان (العته الموجب للحجر)**، منشور ومؤرشف الكترونيا على موقع منتدى المحامين العرب www.mohamoon.com/montada.

ياسين، محمد نعيم: بحث بعنوان **(أثر الأمراض النفسية والعقلية على المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية)**، منشور في مجلة الشريعة والقانون الصادرة عن كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد السادس عشر، يناير 2002.

الرسائل الجامعية

النجادا، ممدوح يوسف سلمان: **ضمان فعل عديم التمييز في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، أيار 1999.

مهنا، فخري رشيد: **أساس المسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز**، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الأنجلوسكسونية والعربية، رسالة ماجستير قدمت إلى جامعة بغداد، 1974.

مواقع الانترنت

www.adaleh.info.

www.arablawinfo.org.

www.arablegalportal.org.

www.elazayem.com.

www.healthyminds.org/insanitydefense.cfm.

www.lob.gov.jo.

www.mohamoon.com/montada.

www.psych.org/research/ .

www.qanoun.com.

www.stop55.com.

البحوث والمقالات الأجنبية

مقـــالات وأبحـــاث باللغـــة الانجليزيـــة منشـــورة علـــى موقـــع نقابـــة الأطبـــاء النفســـيين الأمريكيين، /http://www.psych.org/research.

مقال باللغة الانجليزية بعنوان: **Questions And Answers On Using "Insanity" as a Legal Defense"** منشـــــــــــور علـــــــــــى موقـــــــــــع .http://www.healthyminds.org/insanitydefense.cfm

An-Najah National. University
Faculty of Graduate Studies

Tort Liability of a Non-discerning Person
A Comparative Study

By
Fadel Maher Mohammad Askalan

Supervisor
Dr. Ali Sartawi

Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master in Law, Development, Faculty of Graduate Studies, at An-Najah National University, Nablus, Palestine.
2008

Tort Liability of a Non-discerning Person
A Comparative Study
By
Fadel Maher Mohammad Askalan
Supervisor
Dr. Ali Sartawi

Abstract

In this study, I discussed the Tort Liability of a non-discerning person. In the first chapter, I discussed the cause of Tort Liability of a non-discerning person in the Judicial Regulation Journal and positive laws. Theses causes include non-discernment for minor age, insanity, idiocy, and stupidity. These cases are stated by the regulations of both the Journal and the civil positive laws. In addition, the Judicial Regulation Journal stated cases of non-discernment other than those stated by the positive laws such as: indebtedness, fatal disease, coercion, unconsciousness, sleeping and drunkenness. I have carried out a comparison between the system of competence incidents and what it contains of causes and regulations in the Judicial Regulation Journal on the one hand and what is included in the civil positive laws on the other. I have reached several findings including that the Judicial Regulation Journal does not provide clear criteria to judge whether the person is completely insane or not. I suggested that the technical medical opinion should be taken as a criterion to investigate diseases that affect the mind, and that should not be left to the abstract legal regulations and provisions. I also concluded that the system of competence incidents in the civil positive laws is inadequate. There are cases of non-discernment or when discernment is spoilt that are not covered by the

system of competence incidents such as drunkenness. I proposed a legal text that may decide the cases of discernment more comprehensively.

In the second chapter, I discussed the Tort Liability of a non-discerning person in the Egyptian civil law. In this respect, I found out that the Egyptian law takes in consideration the idea of mistake in Tort Liability, and the origin in the Egyptian law is non-liability of the non-discerning person except in exceptional cases and that such exceptional cases are inadequate to achieve justice. Therefore, the Egyptian civil law should have held the non-discerning person liable for his detrimental acts. On the other hand, I discussed in this chapter, the jurisprudent bases and the various theories on which the liability of the non-discerning person is based in the French civil law due to the fact that the Egyptian civil is influenced by it. I traced the developments related to the regulations of this liability in the French law, attempting to find out to what extent the Egyptian civil law is affected by the French jurisprudent schools and their theories, as can be seen clearly from the explanations and comments of the Egyptian jurisprudents. At the end of this chapter, I found out that the theory of holding liability which is stated in most of the Egyptian jurisprudence remains the legal basis of the non-discerning person included in the text of Article (164/2) in the Egyptian civil law.

The third chapter is dedicated to the liability of the non-discerning person in the Islamic jurisprudence and the Jordanian civil law. In this respect, I investigated the stand of the Islamic jurisprudence related to the liability of the non-discerning person in light of the two important rules

stated in the Islamic jurisprudence: initiation and causing. I discussed the definitions of both the initiation and causing and to what extent their regulations are in conformity with the non-discerning person. I found out that there are two directions: the first sees that the non-discerning person is not liable in the case of causing and the other states the necessity to hold the non-discerning person liable of acts that are detriment to the others whether in their capacity as initiator or causer. In addition, I discussed in this chapter the stand of the Jordanian civil law related to the liability of the non-discerning person by studying the legal texts that govern this liability and the regulations included in these texts. At the same time, I compared these texts with their similar texts in the Western civil laws. Following this, I criticized the formation of some of these legal texts that govern the liability of the non-discerning person in this law. At the end of this chapter, I discussed the legal basis of the liability of the non-discerning person in the Jordanian civil law by studying the liability theory in the Islamic jurisprudence and its basis that damage is the basis of holding liability. Meanwhile, I discussed the evidence of holding liability in the Islamic religion and the liability of the non-discerning person in light of the general principles of the Holy Quran and the Noble Sunna of the Apostle.

Finally, I put a conclusion to record my various deductions and viewpoints regarding the liability of the non-discerning person in the two civil laws that I studied, in addition to the proposed text that I put forward regarding the cases of non-discernment that are not covered by the positive laws.